

العزيز شرح الوجيز

المعروف بالشرح الكبير

تأليف

الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي

المتوفى سنة ٦٢٣هـ

تحقيق وتعليق

الشيخ علي محمد معوض | الشيخ عادل أحمد عبد الموجود

الجزء السابع

يحتوي على الكتب التالية:

الوصايا - الوديعة - قسم الفيء والغنائم

قسم الصدقات - النكاح

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤١٧هـ - ١٩٩٧م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت

تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠

صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.

Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98

P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ الوَصَايَا، وَفِيهِ أَرْبَعَةُ أَبْوَابٍ

البَابُ الأَوَّلُ فِي أَرْكَانِهَا

وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: الرُّكْنُ الأَوَّلُ المُوصِي وَيَصِحُّ الوَصِيَّةُ مِن كُلِّ حُرٍّ مُكَلَّفٍ؛ لأَنَّهُ تَبَرُّعٌ، وَلاَ يَصِحُّ مِنَ المَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الَّذِي لاَ يُمَيِّزُ وَيَصِحُّ مِنَ السَّفِيهِ المُبَذِّرِ لِصِحَّةِ عِبَارَتِهِ فِي الأَقَارِيرِ، وَفِي الصَّبِيِّ المُمَيِّزِ قَوْلاَنِ لِتَرَدُّدِهَا بَيْنَ مَشَابه القُرُبَات وَالتَّمْلِيكَاتِ، وَالرَّقِيقُ إِنْ أَوْصَىٰ ثُمَّ عُتِقَ وَمَلَكَ لَمْ يَنفذ عَلَىٰ أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ وَالكَافِرُ يَنفذُ وَصِيَّتُهُ، إِلاَّ أَنْ يُوصِيَ بِخَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ أَوْ عِمَارَةِ كَنِيسَةٍ، وَلَوْ أَوْصَىٰ بِعِمَارَةِ قُبُورِ أَنْبِيَائِهِمْ جَازَ لأَنَّ عِمَارَتَهَا إِحْيَاءٌ لِلزِّيَارَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يُقَالُ أَوْصَيْتُ لفلانٍ بِكذا، ووصَّيْت، وَأَوْصَيت إليه؛ إذا جعلَهُ وصياً[(١)]

---

(١) في ز: وصية.

قال في الخادم: إنما صدر بأوصى؛ لينبه على أنه أفصح من وصى كما قال الخليل في كتاب العين، وحاصله أن المعنى يختلف بالتعدية، فإن عدى باللام فمعناه جعل له ذلك من ماله وذاك موصى له، وإن عدى بإلى فمعناه جعله وصياً وذلك موصى إليه ولم يذكر مصدرها، وقال ابن فارس: يقال: وصيته بوصية وأوصيته أيضاً وقال الجوهري: أوصيت إليه إذا جعلته وصياً، والاسم الوصَاية بالكسر والفتح.

قال ابن القطاع: يقال: وصيْتُ إليه وصَاية ووصِيَّة، وَوَصَّيْتُهُ وأَوْصَيْتُهُ، وأَوْصَيْتُ إليه، وَوَصَيْتُ الشيء بالشيء وَصْياً: وَصَلْتُهُ. قال الأزهري: وسميت الوصية وصية، لأن الميت لما أوصى بها، وصَلَ ما كان فيه من أيام حياته بما بعده من أيام مماته.

ينظر: المصباح المنير ٢/ ٦٦٢، الصحاح ٦/ ٢٥٢٥، والمغرب ٢/ ٣٥٧، لسان العرب ٦/ ٤٨٥٣.

اصطلاحاً:

عرفها الحنفية بأنها: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع.

عرفها الشافعية بأنها: تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت.

عرفها المالكية بأنها: عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده.

عرفها الحنابلة بأنها: الأمر بالتصرف بعد الموت.

ينظر: شرح فتح القدير ٨/٤١٦، شرح فتح الجليل ٤/ ٦٤٢، كشاف القناع ٤/ ٣٣٥.

واللَّفظَةُ فيما ذكرَ الأزْهَرِيُّ[(١)] مشتقةٌ من قولِهِم وصيت الشيء أصيه ايصاء إذا وصلته به وأوصى وَاصِيَةً، أيْ: مُتصلة البنات، فَسُمِّيَ هذا التصرُّفُ وصيَّةً لِمَا فِيهِ من وصلِ القُرْبَةِ الواقعةِ بَعْدَ الْموتِ بالقُرُبَات المُنَجَّزَةِ في الحياةِ، ودَلاَلاَتُ الإِجْمَاعِ والكتابِ والسُّنَّةِ مُتَعَاضِدة عَلَىٰ جَوَازِ الوَصِيَةِ؛ قال اللَّهُ تَعَالَىٰ: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء - ١٢] وعن أبي قَتَادَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَدِمَ المَدِينَةَ، فَسَأَلَ عَنِ البَرَاءِ بْنِ مَعْرُورٍ، فَقِيلَ لَهُ: إِنَّهُ هَلَكَ، وأَوْصَىٰ لَكَ بِثُلُثِ مَالِهِ فَقَبِلَهُ ثُمَّ رَدَّهُ عَلَىٰ وَرَثَتِهِ[(٢)].

وَقَالَ سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مَرِضْتُ عَامَ حَجَّةِ الْوَدَاعِ بِمَكَّةَ فجاءني رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَعُوذُنِي، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، بَلَغَ بِيَ مِنَ الْوَجَعِ مَا تَرَى وَأَنَا ذُو مَالٍ، وَلاَ يَرِثُنِي إِلاَّ ابْنَةٌ لِي، أَفَأَتَصَدَّقُ؟

وَيُرْوَىٰ: «أَفَأُوصِي بِثُلُثَيْ مَالِي؟ فَقَالَ: لاَ، فَقُلْتُ: فَبِشَطْرِهِ؟ قَالَ: لاَ، قُلْتُ: فَبِالثُّلُثِ؟ قَالَ: الثُّلُثُ، والثُّلُثُ كَثِيرٌ» ويُرْوَى: «كَبِيرٌ؛ إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ»[(٣)].

وعن النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «إِنَّ اللَّهَ أَعْطَاكُمْ ثُلُثَ أَمْوَالِكُمْ فِي آخِرِ أَعْمَارِكُمْ؛ زِيَادَةً فِي أَعْمَالِكُمْ»[(٤)] قَالَ الْعُلَمَاءُ: وَكَانَتِ الْوَصِيَّةُ وَاجِبَةً فِي ابْتِدَاءِ الإِسْلاَمِ؛ عَلَىٰ مَا دَلَّ عَلَيهِ قَوْلَهُ تَعَالَىٰ: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُم إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ...﴾ [البقرة - ١٨٠] الآيَةَ، ثُمَّ نُسِخَ الوُجُوبُ، وَبَقِيَ الاسْتِحْبَابُ.

وَاحْتَجُّوا عَلَىٰ نَفْيِ الْوُجُوبِ بِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَىٰ قَالَ: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ

---

(١) ينظر تهذيب اللغة (١٢/ ٢٦٧ - ٢٦٨).

(٢) أخرجه الحاكم والبيهقي عنه من حديثه، وفي الإسناد نعيم بن حماد؛ ورواه الطبراني في ترجمة البراء بن معرور من طريق أبي قتادة، عن البراء بن معرور به.

(٣) تقدم.

(٤) رواه الدارقطني والبيهقي من حديث أبي أمامة عن معاذ بلفظ: إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم، زيادة لكم في حسناتكم، ليجعل لكم زكاة في أموالكم، وفيه إسماعيل بن عياش وشيخه عتبة ابن حميد وهما ضعيفان، ورواه أحمد من حديث أبي الدرداء ولفظه: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم» ورواه ابن ماجه والبزار والبيهقي، من حديث أبي هريرة بلفظ: «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم، زيادة لكم في أعمالكم»، وإسناده ضعيف، وفي الباب عن أبي بكر الصديق رواه العقيلي في تاريخ الضعفاء، من طريق حفص بن عمر بن ميمون وهو متروك، عن خالد ابن عبد الله السلمي وهو مختلف في صحبته، رواه عنه ابنه الحارث وهو مجهول.

دَيْنٍ﴾ [النساء ـ ١٢] فنكر[١] الْوَصِيَّةِ؛ كما نَكَّرَ الدَّيْنَ، وَلَوْ وَجَبَتِ الوَصِيَّةُ، لأَشْبَهَ أَنْ يَقُولَ: «مِنْ بَعْدِ الوَصِيَّةِ» وَبِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُوصِ، يُقَسَّمُ جَمِيعُ مالِهِ بَيْنَ وَرَثَتِهِ بِالإِجْمَاعِ، وَلَوْ كَانَتْ وَاجِبَةً، لَخَرَجَ [شَيْءٌ مِنَ] ٱلْمَالِ عَنْ قِسْمَةِ ٱلْوَرَثَةِ، كَالدَّيْنِ، وَبِأَنَّهَا عَطِيَّةٌ، فَلاَ تَجِبُ، كَالهِبَةِ فِي ٱلْحَيَاةِ، وَبِمَا رُوِيَ عَنِ ٱبْنِ عُمَرَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «مَا حَقُّ ٱمْرِىءٍ مُسْلم لَهُ مَالٌ يُرِيدُ أَنْ يُوصِيَ فِيهِ، يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ، إِلاَّ وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ[٢] عِنْدَهُ» فَوَّضَ الوَصِيَّةَ إِلَيْهِ، وَعَلَّقَهَا بِإِرَادَتِهِ.

والَّذِي رُوِيَ مِنْ غَيْرِ تَعْلِيقٍ أَنَّه ﷺ قَالَ: «مَا حَقُّ ٱمْرِىءٍ مُسْلِم لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ، يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ، إِلاَّ وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ». فَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: يُحْتَملُ أَنْ يَكُونَ ٱلْمُرَاد ما الحزم وَٱلاَحْتِيَاطُ إِلاَّ هَذَا، وَذَلِكَ؛ لأَنَّهُ قَدْ يُفَاجِئُهُ المَوْتُ، وَمَا يَنْبَغِي أَنْ يَغْفَلَ ٱلْمُؤْمِنُ عَنِ ٱلْمَوْتِ، والاسْتِعْدَادِ لَهُ، والإِنَابَةِ إِلى ٱلدَّارِ الآخِرَةِ، ويُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ ٱلمُرَادُ: ما الْمَعْرُوفُ فِي مَكَارِمِ ٱلأَخْلاَقِ إِلاَّ هَذَا، وَهُوَ مثل مَا رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «حَقٌّ [على][٣] كُلِ مُسْلِمٍ أَنْ يَغْتَسِلَ في الأُسْبوعِ مَرَّةً»[٤] فَظَهَرَ بِالْوُجُوهِ المذكورة أَنَّ الوَصِيَّةَ لَيْسَتْ وَاجِبَةً.

نَعَمْ، مَنْ عِنْدَهُ وَدِيعَةٌ، أو فِي ذِمَّتِهِ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَىٰ؛ مِنْ زَكَاةٍ، أَوْ حَجٍّ، أَوْ دَيْنٍ لآدَمِيٍّ، يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يُوصِيَ فيه، إِذَا لَمْ يُعْلَمْ بِهِ غَيْرُه[٥].

وأَمَّا ٱلاَسْتِحْبَابُ، فَالأَفْضَلُ تَعْجِيلُ الصَّدَقَةِ فِي ٱلْحَيَاةِ [لِمَا رُوِيَ] عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «أَفْضَلُ الصَّدَقَةِ أَنْ يَتَصَدَّقَ وَأَنْتَ صَحِيحٌ شَحِيحٌ، تَأْمُلُ الْغِنَى، وَتَخْشَى الفَقْرَ، وَلاَ تُمْهِلْ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَتِ الحُلْقُومَ، قُلْتَ: لِفُلاَنٍ كذا»[٦].

وإِنْ أَرَادَ الوَصِيَّةَ، فَالأَفْضَلُ أَنْ يُقَدِّمَ مَنْ لاَ يَرِثُ مِنْ أَقَارِبِهِ، وَيُقَدِّمَ مِنْهُمُ [الأَقَارِبُ] ٱلمَحَارِمَ، ثُمَّ غَيْرَ ٱلْمُحَارِمِ، ثُمَّ يُقَدِّمُ بِالرَّضَاعِ، ثُمَّ بِٱلْمُصَاهَرَةِ، ثُمَّ بِالوَلاَءِ،

---

(١) في ز: نكر.

(٢) متفق عليه. (٣) سقط في ز.

(٤) متفق عليه من حديث أبي هريرة بلفظ: حق لله على كل مسلم أن يغتسل في سبعة أيام يوماً، يغسل رأسه وجسده، زاد النسائي: وهو يوم الجمعة.

(٥) قال النووي: المراد إذا لم يعلم به من يثبت بقوله والله أعلم.
قال في الخادم: ينبغي أن يزيد ولا يخشى من كتمانه لبعض الورثة والموصى له ومن غيرهم، ولو قال من يوثق به لكان أولى، وتمثيله بما ذكر يقتضي تخصيصه بما تدخله النيابة فلا تصح الوصاية بالصلاة الفائتة في ذمته.

(٦) متفق عليه من حديث أبي هريرة.

ثُمَّ بِٱلجِوَارِ، كَمَا فِي الصَّدَقَاتِ ٱلْمُنَجَّزَةِ. وفِي «أمالي» أَبِي ٱلْفَرَجِ السَّرْخَسِيِّ ـ رَحمه الله ـ؛ أَنَّ مَنْ قَلَّ مَالُهُ، وكَثُرَ عِيَالُهُ، فَالْمُسْتَحَبُّ له أَلاَّ يُفَوِّتَهُ عَلَيْهِمْ بالوصية والمَشْهُورُ الأَوَّلُ[1].

إِذَا تَقَرَّرَ ذَلِكَ، فَالْوَصِيَّةُ قَدْ يَكُونُ لِلإِنْسَانِ، وَقَدْ تَكُونُ إليه، والوَصِيَّةُ لَهُ قَدْ تَصِحُّ، وَقَدْ تَفْسُدُ، وَإِذَا صَحَّتْ، فَقَدْ يَسْتَمِرُّ ٱلمُوصِي عَلَيْهَا، وَقَدْ يَرْجِعُ، وَإِذَا ٱسْتَمَرَّ، أُمْضِيَتْ، وحِكْمَ بِمُوجِبِهَا، وَهَذِهِ ٱلْمَقَاصِدُ مَحْصُورَةٌ فِي الكِتَابِ فِي أَرْبَعَةِ أَبْوَابٍ:

أَحَدُهَا: فِي أَرْكَانِ ٱلوَصِيَّةِ، ويُبَيِّنُ فيه صحيحُهَا مِنْ فَاسِدِهَا.

وَالثَّانِي: فِي أَحْكَامِهَا، إِذَا صَحَّتْ، وٱسْتَمَرَّ المُوصِي عَلَيْهَا.

والثَّالِثُ: فِي الرُّجُوعِ عَنْهَا.

والرَّابِعُ: فِي الوَصَايَا بِأَرْكَانِهَا، وَأَحْكَامِهَا.

أَمَّا ٱلبَابُ الأَوَّلُ؛ فَلِلْوَصِيَّةِ عَلَى الرَّسْمِ ٱلمَعْهُودِ أَرْبَعَةُ أَرْكَانٍ: المُوصِي، وٱلوَصِيُّ، والمُوصَىٰ لَهُ، والمُوصَىٰ بِهِ. والصِّيغَةُ.

أَمَّا المُوصِي، فقال صَاحِبُ ٱلكِتَابِ: «وَتَصِحُّ ٱلوَصِيَّةُ مِنْ كُلِّ مُكَلَّفٍ حُرٍّ وفِي هَذَا الضَّبْطِ قَيْدَانِ:

أَحَدُهُمَا: التَّكْلِيفُ، فَلاَ يَصِحُّ وَصِيَّةُ ٱلمَجْنُونِ، وَالمُبَرْسِمِ والمَعْتُوهِ الَّذِي لاَ يَعْقِلُ، والصَّبِيِّ الَّذِي لاَ يُمَيِّزُ، وَفِي وَصِيَّةِ الصَّبِيِّ ٱلمُمَيِّزِ وَتَدْبِيرِهِ قَوْلاَنِ:

أَرْجَحُهُمَا: عِنْدَ الأُسْتَاذِ أَبِي مَنْصُورٍ ـ رحمه الله ـ: أَنَّهُمَا صحيحتان؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ غُلاَمَاً مَنْ غَسَّانٍ حَضَرَتْهُ ٱلوَفَاةُ، وَلَهُ عَشْرُ سِنِينَ، فَأَوْصَىٰ لِبِنْتِ عَمٍّ لَهُ، وَلَهُ وَارِثٌ، فَرُفِعَتِ، القِصَّةُ إِلَىٰ عُمَرَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ فَأَجَازَ وَصِيَّتَهُ[2].

---

(١) قضية قوله كما في الصدقة المنجزة «يقدم فيها غير الوارث على الوارث، والمذكور في باب صدقة التطوع أن الوارث مقدم.
وقضية كلامه أيضاً أن من له عيال وهو قليل المال يستحب له الوصية على الصحيح، والأصح عند الشيخ المصنف أنه لا يجوز إذا كان ذلك يضيع عياله. وقال الشيخ: إنه مكروه.

(٢) أخرجه مالك من حديث عمرو بن سليم الزرقي أنه قال لعمر بن الخطاب: إن ههنا غلاماً لم يحتلم من غسان، ووارثه بالشام، وهو ذو مال، وليس له ههنا إلا ابنة عم، فقال عمر: فليوص لها ـ الحديث ـ ورواه أيضاً من وجه آخر وفيه: أن الغلام كان ابن اثنتي عشرة سنة أو عشر سنين، =

وعَنْ عُثْمانَ ـ رضي اللَّهُ عنه ـ أنه أَجازَ وصيةَ غلامٍ ٱبْنِ إِحْدَىٰ عَشْرَةَ سنةً[١]؛ ولأن الوَصِيَّةَ لا تُزِيلُ مُلْكَه في ٱلحَالِ، وتُفيدُ الثَّوَابَ بَعْدَ ٱلْمَوتِ، فَتَصِحُّ كَسَائرِ القُرُبَاتِ، وبِهَذا القولِ قَالَ مالِكٌ وأَحْمَدُ ـ رحمهما الله تعالى ـ.

والثَّانِي، وَهُوَ الأَظْهَرُ عند الأَكْثَرِينَ، وبه قال أبو حنيفةَ: أَنَّهُمَا بَاطِلاَنِ كَهِبَتِهِ وإِعتاقِهِ، وَذَلِكَ؛ لأنَّه لا عِبَارَةَ له؛ ولهذا لا يَصِحُّ بَيْعُهُ، وإنْ كانَ فِيهِ غِبْطَةٌ، وفي السَّفِيه المُبَذِّرِ طَرِيقَانِ:

أَحدُهُمَا: تَخْرِيجُ[٢] وصيَّتِهِ، إذا كَانَ مَحْجُوراً عليه القَولَيْنِ في وصيَّةِ الصَّبِيِّ المُمَيِّزِ، وهَذَا ما أَوْرَدَهُ صَاحِبُ «التَّتِمَّةِ» ـ رحمه الله ـ.

وأَصَحُّهُمَا: القَطْعُ بِالصِّحَّةِ، مَحْجُوراً كانَ أَوْ لَمْ يَكُن؛ لأَنَّ عِبَارَتَهُ صَحِيحةٌ؛ أَلاَ تَرَىٰ أَنَّ طَلاَقَهُ يَقَعُ وإِقْرَارَهُ بِالْعُقُوبَاتِ يُقْبَلُ.

والثَّانِي: الحُرِّيَّةُ، فَلَوْ أَوْصَى الرَّقِيقُ، ومَاتَ على الرِّقِّ، لَغَتْ وَصِيَّتُهُ، وإِنْ عَتَقَ، ثُمَّ ماتَ، فَوَجْهَانِ: أَظْهَرُهُمَا، وَيُحْكَىٰ عَنْ أَبِي حَنِيفةَ ـ رحمه اللَّهِ ـ: أَنَّهَا لاَغِيَةٌ أيضاً؛ لأنه لَمْ يَكُنْ أهلاً، حينَئذٍ.

والثَّانِي: الصِّحَّةُ؛ لأَنَّهُ صحيحُ العِبَارَةِ، وقد أَمكَنَ تنفيذُ وصيَّتِهِ، والمُكَاتَبُ كالقِنِّ[٣]، ويدخلُ في الضَّبْطِ المذكورِ الكَافِرُ؛ فَتَصِحُّ؛ وَصِيَّتُهُ، كما يصِحُّ إِعتاقُه وتمليكاتُهُ، نعم، يُشْتَرطُ أَنْ يُوصِيَ بِما يُتَمَوَّلُ أو يُقْتَنَىٰ، فلا تَصِحُّ وصيَّتُه بالخمر والخِنْزِيرِ، وسواءٌ أَوْصَىٰ لِمُسلم، أو ذِمِّيٍّ؛ وأَلاَّ يُوصِيَ لجهةِ مَعْصِيَةٍ، كما إذَا أَوْصَىٰ بعمارةِ[٤] كنيسةٍ، أو بِنَائِها، أَوْ لِكَتَبَةِ التَّوْرَاةِ والإِنْجِيلِ، أو لقراءتهما وما أشبههما.

= وقال البيهقي: علق الشافعي القول بجواز وصية الصبي وتدبيره بثبوت الخبر عن عمر، لأنه منقطع وعمرو بن سليم لم يدرك عمر. قلت: ذكر ابن حبان في ثقاته أنه كان يوم قتل عمر جاوز الحلم، وكأنه أخذه من قول الواقدي أنه كان حين قتل عمر راهق الاحتلام.

(١) أخرجه ابن شيبة من طريق الزهري: أن عثمان أجاز فذكر مثله سواء قاله الحافظ في التلخيص.

(٢) في: تخرج.

(٣) وإلحاقه المكاتب بالقن فيه نظر، والمتجه الصحة فيه إذا أعتق ثم مات إذ لا ضرر فيه على السيد، وقضيته أنها لا تصح ولو أذن له السيد، ويشبه أن يكون على الخلاف في تبرعاته بالإذن.

(٤) في أ: لعمارة.

وعَدُّوا من هذا القَبيلِ الوَصِيَّةَ لِدَهْنِ سراج البَيْعَ وَلَكِنَ قَيَّد الشَّيخُ أبو حامدٍ المَنَعَ بما إذا قصد تَعَظُم البقعةِ؛ فأمَّا إذا قَصَد أنتفاعَ المقيمِينَ، أو المُجْتَازِينَ، بضوئها، جازَتِ الوصِيَّةُ[1]، كَمَا إذا أَوْصَىٰ بِصَرْفِ شيْءٍ إِلَىٰ أهل الذِّمَّةِ، ثُمَّ هَذَا الشرطُ لا يختَصُّ بوصيَّةِ الكَافِرِ، بلْ هو مُعْتَبَرٌ في وصيَّةِ المُسْلِمِ أيضاً، حتَّىٰ لو أَوْصَىٰ ببناءِ بُقْعَةٍ لأهْلِ المَعَاصِي، لَمْ تَصِحَّ؛ لأنَّ المقصودَ من شَرْعِ الوصيَّةَ تَدَارُكُ ما فاتَ في حَالِ الحياةِ مِنَ الحسناتِ؛ فَلاَ يجوز أن يَكُون في وُجُوهِ المعصية، ويجوزُ للمُسْلِمِ والذِّمِّيِّ الوصيةُ لِعَمَارَةِ المسْجِدِ الأقْصَىٰ، ولِعمارَةِ قُبُورِ الأنبِياءِ عليهم السلام، والعلَمَاءِ الصَّالِحِينَ رحمهم الله مَا فيها من إحياءِ الزِّيارة والتَّبَرُّكِ بها وكَذَا الوصيَّةُ لِفَكِّ أَسَارَى الكُفَّارِ من أيدي المُسْلِمِينَ؛ لِأَنَّ المُفَادَاةَ جَائِزَةٌ، كذا الوصيَّةُ بِبِنَاءِ رِبَاطٍ يَنْزِلُه أهْلُ الذِّمَّةِ، أو دارٍ لِتُصْرَفَ غَلَّتُهَا إِلَيْهِمْ[2].

وَقولُه في الكتابِ: «ويَصِحُّ مِنَ السَّفِيهِ المبذِّرِ» ويجوز إِعْلاَمُه بِالواو، لِطَرِيقَةِ القَوْلَيْنِ، وقولُه: «لِتَرَدُّدِهَا بين مَشَابِهِ القُرُبَاتِ والتمليكاتِ» إشارةٌ إلى تَوْجِيه القَوْلَيْنِ في وصيَّةِ الصَّبِيِّ المُمَيِّزِ، وقضيَّةُ التَّرَدُّدِ المذْكُورِ؛ أنْ يَجِيءَ في الوصيَّةِ الجهاتُ العامَّةُ الَّتِي

---

(١) وهو يقتضي تفرد الشيخ أبي حامد به، وليس كذلك ففي الكفاية وهو ما حكاه البندنيجي وصاحب العدة والفوراني وغيرهم.

وكذا القاضي الحسين في تعليقه والمحاملي في المجموع وسليم في المجرد، لكن الصواب أن هذا إذا كان بحيث ينزل بها المسلمون وإلا فهو إعانة لأهل الذمة على باطلهم فيمتنع، وإليه يشير كلام القاضي الحسين في فتاويه فقال: لو أوصى أن يصرف شيء من ماله إلى قناديل أهل الذمة. ينظر فإن كانوا يوقدون لقراءة التوراة لم يجز كبناء الكنيسة وإن كانوا يوقدون لتبصر المارة جاز. انتهى وذكر الجرجاني في المعاياة مثله.

(٢) قضية تقييد الشيخ القبور بما ذكره أنه لا تجوز الوصية بعمارة غيرها من القبور ويؤيده ما ذكره المتولي في باب الوقف أن الوقف على المقبرة لتصرف الغلة على عمارة القبور لا يجوز لأن الموتى صائرون إلى البلا والعمارة لا تلائم حالهم. قال في الخادم: لكن تعليله هنا بإحياء الزيارة يقتضي الجواز مطلقاً، وسكت عن تبيين المراد بالعمارة وتبعه النووي فإن كان المراد بناءها بالآلات والبناء عليها فيمتنع وكذا لو أوصى ببناء قبة وقصد بها تعظيم القبور كما كانت في الجاهلية تفعله، وإن كان المراد بعمارتها رد التراب فيها وملازمتها خوفاً من الوحش وإعلام الزائرين بها لئلا يندرس فقريب، وما جزم به الشيخ من صحة الوصية ببناء رباط ينزله أهل الذمة نص عليه الشافعي في كتاب الجزية ونقله الأئمة هناك وحكى الرافعي قبل باب الهدنة فيما إذا خصص أهل الذمة به وجهين من غير ترجيح.

لاَ يَظْهَرُ فيها قَصْدُ القُرْبَةِ الخِلاَفُ الَّذِي سَبَقَ ذِكْره في «الوقفِ» على الأغنياءِ، وحينَئِذٍ فَيُشْبِهُ مَجِيئُه في الوصية لِفَكِّ أَسَارَى الكُفَّار؛ لأنه، وإنْ جَازَ، فلا يكادُ يَلْتَحِقُ بالمَنْدُوباتِ، والقُرُبَاتِ.

ولْيُعْلَمْ قولُه: «إلاَّ أنْ يُوصِيَ بِخَمْر، أوْ خِنْزِير، وَلِعِمَارَةِ الكَنِيسَةِ، وَبِنَائِهَا». [بالحاء لأن أبا حنيفة ـ رحمه الله ـ يُجوِّز وصية الكافر بالخمر والخنزير][1].

واْعلَمْ أنَّ هَذه المسْأَلَةَ، والتي بَعْدَهَا، كالأجنبيِّ عن هذا الرُّكْنِ، فإنَّه معقودٌ لبيانِ مَنْ تَصحُّ منه الوصيةُ.

والكافرُ تَصِحُّ وصيَّته في الجُمْلَةِ، لَكِنْ لَمَّا كانَ صدورُ هذه الوصِيَّةِ وَنَحْوِها من الكافر أَظْهَرَ، حَسُنَ إِيرَادُهَا مَعَ ذِكْرِ وصيَّةِ الكَافِرِ، واللَّه أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرُّكْنُ الثَّانِي: المُوصَىٰ لَهُ وَهُوَ كُلُّ مَنْ يُتَصَوَّرُ لَهُ المِلْكُ إِلاَّ القَاتِلَ وَالوَارِثَ، فَلَوْ أَوْصَىٰ لِحَمْلٍ جَازَ بِشَرْطِ أَنْ يَنْفَصِلَ حَياً لِوَقْتٍ يُعْلَمُ وُجُودُهُ عِنْدَ الوَصِيَّةِ، وَهُوَ لِمَا دُونَ سِتَّةِ أَشْهرٍ، فَإِنْ كَانَ لِمَا فَوْقَهُ وَالمَرْأَةُ ذَاتُ زَوْجٍ لَمْ يَسْتَحِقَّ لِظُهُورِ طَرَيَانِ العُلُوقِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَأَظْهَرَ الوَجْهَيْنِ أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ، إلاَّ أَنْ يُجَاوِزَ أَرْبَعَ سِنِينَ لِأَنَّ طَرَيَانَ وَطءِ الشُّبْهَةِ بَعِيدٌ، وَمَهْمَا انْفَصَلَ مَيِّتاً وَلَوْ بِجِنَايَةِ جَانٍ فَلاَ شَيْءَ لَهُ، وَلَوْ أَوْصَىٰ لِحَمْلٍ سَيَكُونُ فَسَدَ فِي أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ إِذْ لاَ مُتَعَلَّقَ لِلعَقْدِ فِي الحَالِ، وَلَوْ أَوْصَىٰ بِحَمْلٍ سَيَكُونَ صَحَّ فِي أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ، كَالوَصِيَّةِ بِالمَنَافِعِ وَثِمَارِ الأَشْجَارِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الوصِيَّةُ إمَّا أن تَكُونَ لِجِهَةٍ عَامَّةٍ، أَوْ لِشَخْص مُعَيَّنٍ؛ إنْ كانت لجِهَةٍ عامةٍ، فالشَّرطُ ألا تكون جهة معصيةٍ، وَقَدِ انْدَرَجَ ذكره في الرُّكنِ الأَوَّلِ، وإنْ كانت لِمُعَيَّنٍ، فينبغي أن يُتَصَوَّرَ له المِلك[2]، ويتعلَّقُ بهذا الضَّبْطِ مسائل دُخولاً وخروجاً.

أحدها: الوصيةُ للحملِ جائزةٌ؛ لأن الوصيةَ أَوْسعُ مجالاً مِنَ الإرث؛ ألاَ تَرى أنَّ المُكَاتَبَ والكافرَ لا يَرِثانِ، ويجوز لهُمَا الوصيةُ، فإذا أُثبِتَ الميراثُ لِلْحَمْلِ، فالوصيَّةُ أَوْلَى بالْجَوَازِ.

ثُمَّ يُنْظَر؛ إنْ قال: أوصيتُ لِحَمْلِ فلانةٍ، أو لحملِ فُلاَنَة الموجودِ الآنَ، فلا بُدَّ لِنُفُوذِ الوصيَّةِ من شَرْطَين:

---

(١) سقط في أ، ز.

(٢) قال الشيخ البلقيني: هذا الضبط ليس بمستقيم، فالعبد لا يتصور له الملك والوصية له صحيحة حتى لو عتق قبل الموت كانت له والمرتد كذلك.

أحدُهما: أن يُعْلَمَ وجودُهُ عند الوصيَّةِ؛ بأنْ يَنْفَصِلَ لأَقَلَّ مِن ستَّةِ أشْهُرٍ، فإنِ ٱنفَصَلَ لِستَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِداً، نُظِرَ؛ إنْ كانتِ ٱلْمَرْأَةُ فِرَاشاً لِزَوْجٍ، أوْ سَيِّدٍ، لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئاً؛ لاحْتِمَالِ حُدُوثِ العُلُوقِ بَعْدَ الوَصِيَّةِ، والأَصْلُ عَدَمُ الحَمْلِ يَوْمَئِذٍ، وإن لَمْ تَكُنْ فِرَاشاً، بَلْ فَارَقَها مُسْتَفْرِشُهَا قَبْلَ الوَصِيَّةِ؛ فَإِنْ كَانَ ٱلانْفِصَالُ لِأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِن وقْتِ الوصيَّةِ، فَكَذَلِكَ لا يَسْتَحِقُّ شَيْئاً[1]؛ للعِلْمِ بأنَّه لَمْ يَكُنْ مَوْجُوداً.

وإنْ كَانَ ٱلانْفِصَالُ لِمَا دُونَ ذَلِكَ، فَقَوْلاَنِ، وَقالَ صَاحِبُ الكتابِ في آخَرِينَ: وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: المنعُ؛ لاحْتِمَالِ حُدوثِ العُلُوقِ بَعْدَ الوصيَّةِ، وَيُخَالِفُ النَّسَبَ، فإنَّه يَكْفِيهِ الإمْكَانُ، وَهَذا ما ٱخْتَارَهُ الشَّيْخُ أبو عليٍّ، وَعزاهُ بعضُهُمْ إلى رِوَايَةِ الرَّبيعِ، وبعضُهُمْ إلى تَخْرِيجِ ابن الْقَاصِّ.

وأَظْهَرُهُمَا: عِنْدَ العِرَاقِيِّينَ وَغَيْرِهِم، ومنهُمْ صاحبُ الكتَابِ: أنَّهُ يَسْتَحِقُّ وَيُكْتَفَى بأَنَّ الظَّاهِرَ وُجُودُهُ عِنْدَ الوصيَّةِ؛ لأنَّ اتفاقَ وَطْءِ الشُّبْهَةِ نَادِرٌ، وفي تَقْدِيرِ الزِّنَا إسَاءَةُ الظَّنِّ بالمُسْلِمينَ، وَيُنْسَبُ هَذا إلى رِوَايَةِ المُزَنِيِّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ.

وَلَوْ زادَ المُوصِي؛ فَقَالَ: أَوْصَيْتُ لِحَمْلِ فُلاَنَةٍ مِنْ زَيْدٍ، فَكَمَا يُشْتَرَطُ العِلْمُ بِوجُودِهِ عِنْد الوَصِيَّةِ، يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ ثابتَ النَّسَبِ مِن زَيْدٍ؛ حَتَّى لَوْ كَانَتِ الوصيَّةُ بَعْدَ زَوَالِ الْفِرَاشِ، فأتت بولد لِأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِن وقْتِ الْفِرَاقِ؛ لأقلَّ مِن سِتَّةِ أَشهرٍ من يومِ الوصيَّةِ، فَلاَ يستحقُّ؛ لأنَّ النَّسَبَ غيرُ ثَابِتٍ منهُ بِخِلاَفِ مَا إِذَا ٱقْتَصَرَ على الوصيَّةِ

---

(١) قال في الخادم: ذكروا في الطلاق والعدد ما يقتضي إلحاقها بما دونها وأن أقل مدة الحمل ستة أشهر ولحظتان وهو الظاهر؛ لأنه لا بد من تقدير زمن العلوق ثم رأيت العلامة نجم الدين بن الرفعة قال في المطلب: الذي يظهر أن الحكم فيما إذا أتت به لستة أشهر كالحكم فيما إذا أتت به لما دونها لأنه لا بد أن يتقدم الأشهر الستة العلوق ولا بد له من زمن يتحقق أن الحمل كان موجوداً حين الوصية وستعرف في كتاب الطلاق أن الفوراني قال فيما إذا قال لزوجته إن كنت حاملاً فأنت طالق، فأتت به لستة أشهر فما دونها يقع عليه الطلاق، لكن الذي نص عليه في الأم، وصاحب التلخيص وابن الصباغ وسليم وطائفة ما جرى عليه الرافعي وليس هذا ببحث ولكنه موضع تأمل.

قال صاحب الخادم: يجب تأويل إطلاقهم على ما ذكرنا وكذا قول الفارقي، لم يرد الشيخ ـ أي أبو إسحاق والشيرازي رحمه الله ستة أشهر تحديداً فإنه لا بد من زمان العلوق إلا أنه لم يذكره لقلته.

لِحَمْلِ فُلانَةٍ، وَلَوِ ٱقْتَضَى الحَالُ ثُبوتَ النَّسَبِ من زَيْدٍ، لكنَّه نَفَاهُ باللِّعَانِ، فَعَنِ ابنِ سُرَيْجٍ وعامَّةِ الأصْحَابِ: أَنَّهُ لا شَيْءَ له؛ لأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ نَسبهُ.

وعنْ أَبِي إِسْحَاقَ وٱخْتَارَهُ الأُسْتَاذُ أبو مَنصورٍ: أَنَّهُ يستحق؛ لأنَّه كانَ النَّسَبُ ثَابتاً إلاَّ أنَّه انقَطعَ باللِّعانِ، واللِّعانُ إِنَّما يُؤَثِّرُ في حقِّ الزَّوجَيْنِ.

وَهَذا الخِلافُ كَالْخِلافِ في أنَّ التَّوْءَمَيْنِ المُعَيَّنَيْنِ باللِّعانِ يَتَوارَثَانِ بإخْوَةِ الأُمِّ [وحْدَهَا]، أوْ بِإِخْوَةِ الأَبَوَيْنِ، لَكنَّ الحِكَايَةَ عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ هُنَاكَ: أَنَّهُمَا لاَ يَتَوارَثَانِ، إلاَّ بإِخْوَةِ الأُمِّ وذلِكَ لاَ يُلاَئِمُ قَولَه هَا هُنَا، وَيَجْرِي ٱلْخِلاَفُ فِيما إِذَا أَوْصَىٰ لِحَمْلِ جاريةٍ مِنْ سيِّدِهَا؛ فادَّعَىٰ السَّيِّدُ ٱلاَسْتِبْراءَ، وَرَأَيْنَا نافياً للنَّسَبِ.

والشَّرْطُ الثَّانِي: أنْ يَنْفَصِلَ حَيّاً، أمَّا إِذَا ٱنفَصَلَ مَيْتاً، فَلاَ شَيْءَ لَهُ، وإن انفصل بِجِنَايةِ جَانٍ، وَأَوْجَبْنَا الْغُرَّةَ، لِمَا مرَّ في الميراثِ.

فَرْعَانِ أحدُهُمَا: أتتِ بوَلَدَيْنِ بينَهُمَا أقلُّ مِن ستَّةِ أشهرٍ [وبين الوصية والأول أقل من ستة أشهر][1] صحَّتِ الوصيَّةُ لَهُمَا ـ وإنْ زادَ ما بينَ الثَّاني والوصيَّةِ على سِتَّةِ أشهُرٍ، وكانتِ المرأةُ فِراشاً؛ لأنَّهما حَملٌ واحِدٌ. والثَّاني يَقْبَلُ الوصيَّةَ للحَمْلِ مَنْ يَلِي أَمْرَهُ بعد خُرُوجِهِ حيًّا، وإنْ قَبِلَها قَبْلَ انفِصَالِهِ، ثُمَّ انفصلَ حيًّا، فعنِ القَفَّالِ: أنَّه لا يُعْتَدُّ بِذَلِكَ القَوْلِ.

وقالَ غيرُه: فيه قَولاَنِ، كَمَا لَوْ باعَ مالَ أَبيهِ على ظَنِّ أنَّه حيٌّ، فَبَانَ أنَّهُ ميِّتٌ[2].

هَذَا إذَا قَالَ: أَوْصَيْتُ لِحَمْلِهَا، أو لحملها الموجُودِ، أمَّا إذا صرَّحَ؛ فَقَالَ: لِحَمْلِهَا الَّذِي سَيَحْدُثُ، ويكونُ مِن بَعْدُ، فَوَجْهَانِ:

أظهَرُهُمَا: عَنْدَ أكثرِ الأصْحَابِ: بُطْلانُ الوصيَّةِ؛ لأنَّها تَمْلِيكٌ[3]؛ وتمليكُ مَنْ لَمْ يُوجَدْ مُمْتَنِعٌ، ولأنَّه متعلِّق للعَقْدِ في الحَالِ، فأَشْبَهَ مَا إذَا وَقَفَ عَلَىٰ مَسْجِدٍ سُيُبْنَىٰ.

والثَّاني: وبهِ قَالَ أبو إسحاق: أنَّها صحيحةٌ، كما يصحُّ بالحَمْلِ الَّذي سَيُوجَدُ،

---

(١) سقط في ز.

(٢) قضية كلام الشيخ أن الأكثرين على خلاف ما قاله القفال. قال في الخادم: وهو متابع في ذلك البغوي في التهذيب إلى آخر ما ذكره.

(٣) في ز: تمتلك.

فَإِذَا جَازَ تمليكُ مَا لم يُوجَدْ، جَاز تمليكُ مَنْ لم يُوجَدْ، وهذا مَا أَوْرَدَهُ الأُستاذُ أَبو منصورٍ ـ رَحِمهُ اللّه ـ.

وفيه وجهٌ ثالثٌ، وَهُوَ النَّظَرُ إلى حالِ المَوْتِ؛ فَإِنْ كَانَ الحملُ مَوجُوداً، حِينَئذٍ، صحَّتِ الوصيَّةُ. وإلاَّ، فَلاَ. وقولُه: «فَلَوْ أَوْصَىٰ لحملٍ سَيكُونُ» دَخِيلٌ في هذا الرُّكْنِ، بلْ مَوْضِعُهُ الرُّكْنُ المعقودُ في الموصى به ولأن الحَامِلَ علَىٰ ذَكْرِ[هِ] تَوْجِيهِ الوجهِ الثَّانِي، وَنَحنُ نُؤَخِّرُ هذه المَسْألَةَ، لِنَذْكُرُهَا مَعَ أخواتها، وهُنَاك؛ يُعْرَفُ أنَّ الوصيَّةَ بالمنافعِ جائزةٌ، بِلاَ خِلافٍ، وأَنَّ الوصيَّةَ بِثِمَارِ الأشْجَارِ مُخْتَلَفٌ فِيها، وأنَّ قولَه هَا هُنا «كالوصيَّة بالمنافعِ وثمارِ الأشجارِ» من طَرِيقَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **أَمَّا العَبْدُ فَالوَصِيَّةُ لَهُ صَحِيحَةٌ، ثُمَّ إِنْ كَانَ حُرّاً عِنْدَ ٱلاسْتِحْقَاقِ فَهُوَ لَهُ، وَإِلاَّ فَهُوَ لِسَيِّدِهِ، وَفِي ٱفْتِقَارِهِ إِلَى إِذْنِ السَّيِّدِ فِي القَبُولِ (و) خِلاَفٌ، وَكَذَا فِي مُبَاشَرَةِ السَّيِّدِ القَبُولَ بِنَفْسِهِ خِلاَفٌ (و)، وَإِنْ كَانَ عَبْدٌ وَارِثٌ لَمْ يَصِحَّ (م)، لِأَنَّ المِلْكَ لِلوَارِثِ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ عِنْدَ ٱلاسْتِحْقَاقِ حُرّاً، أَوْ فِي مِلْكِ أَجْنَبِيٍّ، وَيَصِحُّ الوَصِيَّةُ لِأُمِّ الوَلَدِ، وَالمُكَاتَبِ، وَالمُدَبَّرِ إِنْ أُعْتِقَ مِنَ الثُّلُثِ، وَإِلاَّ فَلاَ فَإِنَّهُ عَبْدٌ وَارِثٌ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المسْأَلَةُ الثَّانِيةُ: العَبْدُ المُوصَىٰ لَه: إمَّا أنْ يَكُونَ لأجْنَبِيٍّ، أَوْ للمُوصِي، أو لِوَارِثِهِ.

القِسْمُ الأَوَّلُ: إذَا كَانَ لِأَجْنَبِيٍّ، فتصحُّ الوصِيَّةُ، ثُمَّ لا يخْلُو؛ إمَّا أنْ يَسْتَمِرَّ رِقُّه، أَوْ لاَ يستمرَّ.

الحَالَةُ الأولى: أنْ يَسْتَمِرَّ رِقُّهُ، فالوصيَّةُ للسيِّدِ، حَتَّىٰ لو قتل العبدُ المُوصَىٰ له، لم تَبْطُلِ الوصيَّةُ، ولو قتله سيدُ العبد، كَانَتْ وَصيَّتُه للقاتل[1]؛ وفي افتِقَارِ قَبُولِ العَبْدِ

(١) قال في الخادم فيه أمران:

أحدهما: قد نسب في الذخائر القول بأنها للسيد للعراقيين. قال: وبنوا عليه فساد الوصية إذا كان السيد وارثاً، وحكي في الوسيط عن المذهب أن الوصية تصح للعبد ويصف أمرها، فإن كان حراً عند موت الموصي ملكها أو عبداً فالسيد وادعى الوفاق فيه.

الثاني: أطلقوا هنا أنها للسيد وفصلوا في الوقف والهبة، فإن قصدا العبد نفسه بطل في الجديد أو السيد أو أطلق فذلك على سيده ولم يقل أحد هنا بهذا التفصيل فيحتمل حمل كلامهم هنا على حالة الإطلاق وإليه جنح ابن الرفعة، والتنزيل على ما سيبقى عليه الأمر عند موت الموصي إما=

إِلَىٰ إِذْنِ السَّيِّد وَجْهَانِ، وقدْ ذَكَرَهُمَا مرةً في «بابِ مُعَاملةِ العَبِيدِ» والأصحُّ المَنْعُ.

وَهَلْ يصحُّ من السَّيِّدِ مُبَاشرةُ القَبُولِ بنفسِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحدُهُمَا: نَعَمْ؛ لأنَّ الاسْتِحْقَاقَ لَهُ، والفائِدَةُ تَعُودُ إِلَيْهِ.

وأصحُّهُمَا: المنعُ، لأنَّ الخِطَابَ لَمْ يجر معه، والوَجْهَانِ فِيمَا قِيل مَخْصوصَانِ بقولِنا: «إنَّ قُبولَ العبْدِ يَفْتَقِرُ إلى إذنِ السَّيِّدِ» وَيَجُوزُ أنْ يعمَّما؛ لأنَّ المِلْكَ للسَّيِّدِ بِكلِّ حالٍ، فَلاَ يبعد تَصْحِيحُ القُبُولِ مِنْهُ، وإنْ لَمْ يُسَمَّ في الوصيَّةِ؛ ألاَ تَرَى أنَّ وَارِثَ المُوصَىٰ لَهُ يَقْبَلُ، وإنْ لَمْ يُسَمَّ في الوصِيَّةِ؟

وهَلْ قَبُولُ السَّيِّدِ ٱلْهِبَةَ مِنَ ٱلْعَبْدِ عَلَىٰ هَذِيْنِ ٱلْوَجْهَيْنِ؟ قَالَ قَائِلُونَ: نَعَمْ.

وقَالَ الإِمَامُ: لاَ، بَلْ يَبْطُلُ لاَ مَحَالَةَ؛ لأنَّ القَبُولَ بِالْهِبَةِ كَالْقَبُولِ فِي سَائِرِ العُقُودِ، وقبولُ الوصيَّةِ بِخلاَفِهِ؛ ألاَ تَرَىٰ أنَّهُ يُعْتَدُّ بِهِ مُنْفَصِلاً عنِ الإيجَابِ، واقِعاً بَعْدَ خُرُوجِ الموجب عَنْ أَهْلِيَّةِ الإِيجَابِ، فصار من وارث المُوصَىٰ له مع أنه لم يُخاطَبْ؟ إذا صحَّحنا قَبُول العبْدِ من غيْر إذْن السيِّد، فلو منعه القَبُول، قال الإمامُ ـ رحمه الله ـ: الظاهر عنْدِي الصحَّةُ، وحصول الملْك للسَّيد، كما لو نَهَاهُ عن الخُلْع، فخالع، وإذا قلْنا: لا يصحُّ من غير إذنه؛ فلو ردَّ السيد، فهو أبلغُ من عَدَمِ الإذْن، فلو بدا له أن يأذَنَ في القَبُول بعْد ذلك؛ ففيه ٱحتمالٌ عند الإمام، قال: وإذَا صحَّحْنا القُبُول من السَّيِّد، فيجبُ أنْ يبْطُلَ ردُّ العبد، لو ردَّه.

والثانيةُ ألا يستمر رقُّه، بل يُعْتَقَ، فيُنظَر؛ إن عَتَقَ قبل موت الموصِي، فالاستحقاقُ للعبد؛ لأن الوصيَّة تمليكٌ بعد الموت؛ وهو حرٌّ حينئذ، وإن عَتَقَ بعد موته، فإما أن يقبل ثم يُعْتَقَ وإما أن يُعْتَقَ ثُمَّ يُقْبَلَ، إنْ قُبِلَ ثم عَتَقَ، فالاستحقاقُ للسيِّد، وإن عَتَقَ ثم قُبِلَ، فإن قلْنا: الوصيَّةُ تُمْلَكُ بالمَوْت، أو قلْنا: يتبيَّن بالقبول المِلْك من يوم المَوْتِ، فالاستحقاقُ للسَّيِّدِ أيضاً. وإنْ قلْنا: تملك بالقبول، فللعَبد.

= يعتق العبد إن كان حينئذ حراً أو سيده ويحتمل عدم مجيء التفصيل هنا، والفرق أنه قد يعتق قبل موت الموصي وقال بعض الفضلاء في الوجه للعبد نظر، وذلك أنهم قالوا: لو أوصى لعبد فالاعتبار بصرف الوصية وعدمها بوقت الموت، فإن كان حراً حينئذ فالوصية له، وإن كان رقيقاً فإن كان سيداً أجنبياً فالوصية له وإن وارثاً فهي وصية للوارث.

وإذا أَوْصَىٰ لعبدِ زَيْدٍ، فباعه من عَمْرٍو، فَيُنْظَرُ في وقْتِ البَيْعِ، ويُجَابُ بمثل هذا التَّفْصِيل.

ولو أوْصَىٰ لمن نصْفُهُ حرٌّ، ونصْفُهُ[1] لأجنبي؛ فإما أن يكون بينه وبين السيد مهايأة، أو لا يكون، إنْ لم يكُنْ بينهما مهايأة، وقبل بإذْن السيد، فالموصَىٰ به بينهما بالسَّويَّةِ، كما لو احتش أو احتطب، وإنْ قبل بغير إذْنه، فيبنَىٰ على الوجهَيْن؛ في افتقار العبد إلَىٰ إذن السيد، إن احوجْناه إلَيْه، فالقبول باطلٌ في نصف السيد، وفي نصفه وجهان؛ لأنَّ ما يملك ينْقَسِمُ على نصفيه فيلزم دخول بعضه في ملك السيد من غير إذْنه.

وإن كانت بينهما مهايأةٌ، فيبنَىٰ على الخلاف في أن الأكساب النادرَةَ، هَلْ تدخل في المهايأة؟ وفيه خلافٌ مذكورٌ أوَّلاً في «زكاة الفطر» ومعادٌ ثانياً في «اللّقَطَةِ» فإنْ قُلْنا: إنَّهَا لا تدْخُل في المهايأة، فكما لو لم يَكُنْ مهايأة، وإنْ قلنا: تدْخُل، فلا حاجة إلى إذن السيد في القَبُول، ووجَّهوه: بأنه لما هَايَأَهُ، فقد أَذِنَ له في جميع الأكساب الداخلة في المهايأة ثم ٱلأعتبارُ بأيِّ يوم؟

عن بعْضِ الأصحاب: أن الاعتبار بيوم الوصيَّة، حتى إذا وقعتِ الوصيةُ في يومه، فالوصية له، وإن كان القَبُول في يوم السيد، وإذا وقعَتِ الوصيَّةُ في يوم السيد، فهي له، وإن كان القبول في يوم العبد، وهذا كما أنَّ في اللقطة [الاعتبار][2] بيوم الالتقاط.

وقال المحقِّقون: ليستِ الوصيَّةُ كالالتقاطِ؛ لأن الالتقاطَ سببُ ثبوت الحَقِّ، فالوصيةُ على تجردها لا تثبت الحقَّ؛ ألا ترى أنه لو أَوْصَىٰ لعبد، فَعَتَقَ قبل موْتِ المُوصي، كانت الوصيةُ للعبد؟ ولو الْتَقَطَ العَبْدُ، ثم عَتَقَ قبل تمام الحَوْل، كان حقُّ التملُّك للسيِّد، وبنوا ذلك علَىٰ أن المِلْكَ في الوصيَّة بم يثبت إنْ قلْنا: يثبتُ بموت الموصِي، أو قلْنا: يتبين بالقبول الملك من يوم الموت، فالاعتبارُ بيوم الموت.

وإن قلنا: يثبتُ بالقَبُول، فوجهان؛ قال الشيخ أبو عليٍّ: ذكرهما القَفَّال وأنا مَعَهُ.

أحدُهما: أن الحق الاعتبار بيوم القبول؛ لأنه يوم المِلْكِ.

وأصحُّهما: أن الاعتبار بَيَوْم المَوْت أيضاً؛ لأنه يتأكّد به حقٌّ، ويلزم، وإن لم يثبت المِلْك، كما أن في اللُّقَطَة الاعتبارُ بيوم الالتِقَاطِ؛ لأنه يثبتُ به الحَقُّ، وإن لم يثبتِ الملكُ، والهبةُ ممَّن نصْفُهُ حرٌّ ونصْفُهُ رقيقٌ، على القولَيْنِ في دخولِ الأكْسَاب النادرة في المُهَايأة أيضاً، فإن أدخَلْناها، فإذا وقع العقْدُ في يوم أحدِهِمَا والقبض في يومِ

---

(١) في ب: ونصفه عبد.
(٢) سقط في: أ.

الآخَرِ، فيبنَىٰ على أن المِلْكَ في الهبة المقبوضة يَسْتَنِدُ إلَىٰ وقت الهبة، أو يثبتُ عَقِيبَ القَبْضِ؟ فإن قلنا؛ بالأول، فالاعتبار بيوم العَقْد، وإن قلنا بالثاني، فالاعتبار به أو بيوم القبض؟ فيه وجهان كالوجهين في الوصيَّة، أن الاعتبار بيَوْم المَوْت أم يوم القَبُول؟ تفريعاً علَىٰ أن المِلْكَ يحْصُل بالقبول، لكنَّ الأظهر في الهبة الاعتبارُ بيَوْمِ القبض؛ لأن الحَقَّ لا يلْزَمُ بالهبة، وفي الوصية يلْزَمُ بالمَوْت.

فَرْعَانِ:

أحَدهُمَا لو قال: أوصَيْتُ لنصفه الحرّ، أو لنصْفِهِ الرَّقِيقِ خاصَّةً، فعن القفَّالِ: أن الوصية باطلةٌ ولا يجُوزُ أن يُوصِيَ لنصْفِ الشخْصِ، كما لا يجوز أن يَرِثَ نصفه؛ وعن غيره: أنّها تصحُّ، ويُنَزَّلُ تقييدُ الموصِي منزلةَ المُهَايأة؛ فيكون الموصَىٰ به للسيِّدِ، إن أوصَىٰ لنصفه الرقيقِ، وله إن أَوْصَىٰ لنصفه الحرّ[1].

الثاني: تردَّدَ الإمام فيما إذا صرح بإدراج الأكساب النادرة، في المهايأة أنها تدخل لا محالة، أو يكُون على الخلاف؟ وفيما إذا عَمَّت الهبات، والوصَايا في قُطْرٍ، أنها تدْخُل لا محالة، كالأكساب العامة، أو هِيَ علَى [الخلاف][2] لأنَّ الغالِبَ فيها النذور[3].

القسم الثاني: إذا كان العبْدُ الموصَى له، للموصِىٰ، نُظِر؛ إن أوصَىٰ لعبده القِنِّ برقبته، فهذه الصورةُ لها ذكْرٌ في القسْمِ الثانِي من الباب الثانِي في الكتاب، وسنَذْكرها إن شاء الله تعالى، وإن أوصَىٰ له بجزءٍ من رقبته، نَفَذَتِ الوصيةُ فيه، وَعَتَقَ ذلك الجُزْءُ، وكذلك لو قال: أوصيتُ له بثُلُثِ مالِي، ولا مال له سواه.

ولو قال: أوصيتُ له بكُلِّ ما أملك من رقبةٍ، وغيرها من أموالِي، نَفَذَتِ الوصيةُ في ثلثه، وبقي باقيه رقيقاً للوَرَثَةِ؛ فتكُونُ الوصيَّة له بالثُّلُث مِنْ سائر أمواله وصيَّةٌ لمن بعضُه حرٌّ وبعْضُه رقيق للوارث، وحكمهما سيأتي. ولو قال: أوصيتُ له بثلث ما أملِكُ، أو بثُلُثِ أموالي، ولم ينصَّ علَىٰ رقبته، فوجهان.

---

(١) قال النووي الأصح الثاني والله أعلم.
وفيما رجحاه نظر بل القياس ترجيح الأول؛ لأن ما حصل للبعض يكون مقسوماً بينهما وهو متعذر، وما لا فلا ويقع مشتركاً بين السيد والمبعض وهو يؤدي إلى الإبطال جملة كما هو المنقول عن الشيخ أبي علي كما يأتي فيما إذا أوصى لبمعض وكان بينهما مهايأة وقلنا: لا يدخل الإذن في المهايأة إذا لم يكن بينهما فقال الشيخ أبو علي: إن انتهينا إلى ذلك أبطلنا الوصية أيضاً فإن المبعض منهما يتصرف إلى مالك الرق ويصرفه إلى الوارث غير جائز فبطلت.

(٢) سقط في: أ.

(٣) قال النووي: الراجح طرد الخلاف مطلقاً، لكثرة التفاوت.

أظهرهما: وهو جواب ابن الحَدَّاد: أن رقبته تدْخُل في الوصيَّة؛ لأنها من جملة أمواله.

والثاني: لا تدْخُل؛ لأن قوله: «أوصَيْتُ لك بثلث أموالي» يُشْعِر بالمغايرة بين الموصَىٰ به، وبَيْن الموصَىٰ له، وبأن المراد ما سِوَىٰ رقبته، فعلَىٰ هذا؛ لا يعتق منه شيء، والوصيةُ له وصيةٌ للعبد بغير رقبته، وعلى الأول الحكْمُ كما لو قال: أوصيتُ له بثُلُثِ رقبته، وبثُلُثِ سائر أموالي، وقد بيَّنَّاه، هكذا ذكر[ه] الشيخ أبو عليٍّ.

وفي «التهذيب» وجهٌ آخرُ؛ وهو أن تجمع الوصية في رقبته، فإنْ خرج كلُّه من الثلث، عَتَقَ، وإن كان الثلث أكثر من قيمة رقبته، صُرِفَ الفضْلُ إليه، وإن لم يخرُجْ كلُّه من الثُّلُث، عَتَقَ منه بقَدْر ما يخْرُجُ[(١)]، وإنِ أوصَىٰ له بعين مال، أو قال: أعطُوهُ من مالي كذا، فإن مات، وهو مِلْكُه، فالوصيةُ للورثة، وإن باعه الموصي، فهو للمشتري، وإن أعتقه، فهو للعتيق[(٢)].

ولو أوصَىٰ له بثُلُث جميع أمواله، وشرط[(٣)] تقديم رقبته، عَتَقَ جميعُهُ، ودُفِعَ إلَيْه ما يتم به الثُّلُث.

ويجوز أن يُوصِيَ الإنسان لأمِّ ولده؛ لأنَّها حرةٌ بعْد موته، ثم هِيَ تَعْتِقُ من رأس المال، والوصيةُ تُعْتَبَرُ من الثلث، وكذا المكاتَبُ؛ لأنه مستقلٌّ بالملك، ثم لو عَجَزَ ورَقَّ، صارت الوصيةُ للورثة، وكذا المدَبَّر، والعِتْق والوصيةُ معتبران من الثلث، فإن وَفَّى بهما، عَتَقَ [ونَفَذَتِ الوصيَّةُ، وإن لم يف الثلث بالمدبَّر، عَتَقَ منه][(٤)] بقَدْر الثلث،

---

(١) وفي البحر في آخر باب الكتابة لو أوصى لعبده بثلث ماله. قال بعض أصحابنا بخراسان فيه ثلاثة أوجه: أحدها لا يصح، والثاني: يصح بثلثه، والثالث: يصح بجميع ثلثه ويقدم نفسه عليه. انتهى. وقال الصميري في الإيضاح: لو أوصى لعبده بثلث ماله سئل الوارث عنه، فإن قال رقبته دخلت في الثلث فقد عتق ثلثه وإن قال: إنما أردت ثلث ما سوى رقبته فالوصية باطلة لأن الظاهر أن الموصى به عين الموصى له وحينئذ فيجمع خمسة أوجه.

(٢) وما جزم به في صورة البيع جزم صاحب البحر بخلافه فقال: لو أوصى لعبد نفسه لا يصح لأن العبد لا يملك شيئاً وما يوصى به يكون لسيده، ولو أوصى به ثم باعه من رجل ثم مات الموصي لم يصح أيضاً لأن الوصية لم تنعقد لعبد نفسه أصلاً. انتهى وقد نقله عنه في الكفاية. ثم قال وفيه نظر من وجهين:

أحدهما: أن البندنيجي قال في الوصية لعبد نفسه وصية لعبد وارثه في الحقيقة لأنه يكون لوارثه بعد الموت، فأي فرق بينهما. والثاني: أن الرافعي حكى عنه في الركن الرابع من القسامة أنه لو أوصى لعبد نفسه ثم أعتق قبل أن يموت تصح الوصية والبيع من الأجنبي كالعتق.

(٣) في أ: بشرط.

(٤) سقط في: ز.

وصارتِ الوصيةُ لمن بعْضُه حرٌّ، وبعضُه رقيقٌ للوارث، وإن وَفَّى الثلث بأحد الأمرين من المُدَبَّر، أو المُوصَىٰ له، كما إذا كان المُدَبَّر يساوِي مائة، والوصيَّةُ بمائَةٍ، وله سواهما مائة، فوجهان[١]:

أحدهما: تقدم رقبته، فيُعْتَقُ كلُّه، ولا شيْءَ له من الوصية.

والثاني: يُعْتَقُ نصفه، والوصية [وصية][٢] لمن بعضه [حرٌّ] وبعضُهُ رقيقَ للوارث، وهذا أصحُّ عند صاحب «التهذيب» وبالأول أجاب الشيخ أبو عَلِيٍّ[٣].

القسم الثالث: إذا كان العبْدُ الوارثُ المُوصَىٰ، بأن باعه قبل موت الموصي، فالوصيةُ للمُشْتَرِي، وإن أعتقه، فللمُعْتِقِ، إنِ ٱستمر في ملكه، فهي وصيةٌ للوارث، وسيأتي حكمها إن شاء الله تعالى.

وكذلك لو أوصَىٰ لعبْدٍ أجنبيٍّ، واشتراه وارثُهُ، ثم مات الموصي.

ولو أوصَىٰ لمن نصفُه حرٌّ، ونصفه لوارثه، فإن إن لم تكنْ بينه وبين السيد مهايأة أو كانت بينها مهايأةٍ، وقلنا: إن الوصيَةَ لا تَدْخُل في المهايأة، فهي كالوصيَّةِ للوارث؛ لأنَّ ما يثبت له بالوصيَّة، يكون نصفه للوارث، ولهذا قُلْنا: إنه لا يَرِثُ: لأنه لو وَرِثَ شيئاً، لَمَلَكَ السيدُ نصْفَهُ، وهو أجنبيٌّ عن الميِّتِ.

قال الإمامُ: وكانَ يحتمل أن يعضَّ الوصية، كما لو أوصَىٰ بأكثر من[٤] الثلث.

وإن جرَتْ بينهما مهايأة، وقلْنا: إنَّها تدخُلُ في المهايأة، فقد قدَّمنا أن العبرة بيوم المَوْت علَىٰ ظاهر المذهب، فيُنْظَرُ يوم موت الموصِي، إن مات في يوم العبد، فالوصيةُ صحيحةٌ، وإلاَّ، فهي وصية لوارث، ولا فَرْقَ بين أن يكُونَ بينهما مهايأة يوم الوصية أو لا يكون، ثم يحدثانها قبل موت الموصي، [هكذا] قاله الشيخ أبو عليٍّ ـ رحمه الله ـ.

ولو أوْصَىٰ لمكَاتَبِ وَارِثِهِ، فإنْ عَتَقَ قبل موت المُوصِي، نفَذَتِ الوصيةُ، وكذا لو عتَقَ بعده بأداء النُّجوم، وإن عجز، ورَقَّ، صارَتْ وصيته للوارث، والله أعلم.

---

(١) وما جزم به فيما إذا خرج بعضه من الثلث أن يعتق منه بقدره خلاف ما عزاه في البحر للجمهور بأنه قال: لو خرج بعضه من الثلث دون جميعه صح من الوصية له بقدر ما عتق منه وبطل منها بقدر ما رق منه. هكذا ذكر في الحاوي وقال سائر أصحابنا: إذا رق بعضه بطلت الوصية، وقال في الكفاية، وعلى ذلك جرى البندنيجي.

(٢) سقط في: ب، ز.

(٣) قال النووي الأول أصح.

(٤) ما ذكره من التخريج قد حكاه ابن يونس في شرح التعجيز عن جده فقال: يحتمل أن يكون على الوجهين في الوقف عليهما. وأولى بالصحة لأن باب الوصية أوسع.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **أَمَّا الدَّابَّةُ فَالوَصِيَّةُ لَهَا بَاطِلَةٌ إِنْ أَطْلَقَ أَوْ قَصَدَ التَّمْلِيكَ، وَإِنْ فُسِّر بِالصَّرْفِ فِي عَلَفِهَا صَحَّ، وَهَلْ يُفْتَقَرُ إِلَىٰ قُبُولِ المَالِكِ؟ فَوَجْهَانِ، وَإِنْ قَبِلَ فَهَلْ يَلْزَمُ صَرْفُهُ إِلَى الدَّابَّةِ، أَمْ هُوَ كَالوَصِيَّةِ لِلْعَبْدِ؟ فَوَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: أَوْصَيتُ لِلْمَسْجِدِ فَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ كَالدَّابَّةِ، وَلاَ يَصِحُّ إِلاَّ إِذَا فُسِّرَ بِالصَّرْفِ إِلَىٰ مَصَالِحِهِ، وَالظَّاهِرُ تَنْزِيلُ المُطْلَقِ عَلَيْهِ لِلْعُرْفِ بِخِلاَفِ الدَّابَّةِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المسألة الثالثة: إذا أوصَىٰ لدابّة الغير، وقصد تمليكها، فالوصيَّة باطلة، وبمثله أجابوا فيما إذا أطلق؛ لأن مطْلَقَ اللفظ للتَّمْلِيك، والدَّابَّة لاَ تُمْلَكُ، وَفَرَقُوا بين الوصيَّة المطلقة للدابة وبين الوصيَّة المطْلَقَةِ للعَبْدِ، بأن العبد ينتظمُ الخطابَ معه، ويتأتَّى القبول منه؛ وربَّما يُعْتَقُ قبل موت الموصِي، فيثبُتُ المِلْك له، بخلاف الدابَّة، لكنه قد مرَّ في «الوقْف» ذكر وجْهَيْن؛ فيما إذا أطلق الواقِفُ عليها أنه، هَلْ يكون وَقْفاً علَىٰ مالكها، فيشبه أن تكون الوصيَّة على ذلك الخِلاف؟ وقد يُفْرَقُ بينهما بأن الوصيَّة تمليك محضٌ، فينبغي أن يُضاف إِلَىٰ من يُمَلَّكُ.

والوقفُ ليس بتمليكٍ محضٍ، بل ليس بتمليكٍ، إذا قلنا: إن الملك فيه يزول إلى الله تعالَىٰ، فيجوز أن تحتمل فيه الإضافةُ إِلَىٰ من لا يملك.

ولو فُسِرَ الوصية للدابَّةَ بالصَّرْف في عَلَفِها، صحَّت الوصية؛ لأن صرف علف الدَّابة على مالِكِهَا، فالقصدُ بهذه الوصية المالك، هكذا نقل المصنِّف وصاحب «التهذيب» وغيرهما.

لكنا ذكَرْنا في «الوقْف»؛ أن أبا سعْدٍ المتولِّي ـ رحمه الله ـ حكَىٰ فيما لو وقفَ على علف بهيمة الغَيْر وجْهين؛ في صحَّة الوقف، ويشبه أن يكون هذا في مَعْناه، وإذا قُلْنا بالصحَّة، وهو الظاهر، ففي اشتراط القبول وجهان:

أحدهما: واختاره أبو زيد: أنه لا يُشْتَرطُ وتجعل هذه الوصية للدابَّة، «ففي كلِّ كَبدٍ حَرَّىٰ[1] أَجْرٌ».

---

(١) متفق عليه في قصة الرجل الذي سقى الكلب العطشان، لكن بلفظ: رطبة، بدل حرى، ورواه الطبراني في الكبير من حديث سراقة بن جعشم بلفظ: في كل كبد حرى سقيتها أجر، وفي رواية له: في كل ذات كبد حرى أجر، وأصله من حديث سراقة عند أحمد. وابن حبان. وابن ماجه، ورواه أبو يعلى الموصلي من حديث القاسم بن مخول السلمي عن أبيه قلت: يا رسول الله الضوال ترد علينا، هل لنا أجر أن نسقيها؟ قال: نعم في كل كبد حري أجر، وصححه ابن حبان، ورواه أحمد من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن رجلاً قال فذكر نحوه، وصححه ابن السكن قاله الحافظ في التلخيص.

وأصحُّهما: وبه قال «صاحب التلخيص»: الاشتراطُ كسائر الوصايا، وهي وصيةٌ للمالك؛ كما لو أوصَىٰ بعمارة داره، بتقدير أن يكون وصيَّةً للدابَّة، فيبعد حدوث ٱلاستحقاق، لملكه من غير رضَاهُ.

وإذا قبل، فهل يتعيَّن صرفه إلَىٰ جهة الدابة؟ فيه وجهان:

قال صاحب «التلخيص»: نعم؛ رعايةً لغرض الموصي، وعلى هذا فيتولى الإنفاق الوَصِيُّ، فإن لم يكن وصيٌّ، فالقاضي أو مَنْ نأمره به من المَالِكُ وغيره.

وعن القفَّال: أنه لا يتعيَّن، بل له أن يمسكه، وينفقَ على الدابَّة من موضع آخر، وقضية إيراد الناقِلِينَ ترجيحُ الأول، وليعرف ها هنا شيئان؛

أحدهما: قد تكرر في خلاف الكَلاَم أنَّ الوصيَّة علَىٰ رأيِ وصيةٌ للبهيمة نَفْسِها، وحينئذ فلا يتَّجِه فرقٌ بين البهائم المملوكَة، وبين الوحُوش، والصُّيود المباحة، وهذا يَعْتَرِضُ على ما قَدَّمنا عن صاحب «التتمة» في الوقْف؛ أنه لو وقف علَىٰ عَلَفِ الطيورِ المباحةِ، والوُحُوشَ، لم يصحَّ، بلا خلاف، وأن موضع الخلافِ ما إذا كانَتِ البهيمةُ مملوكةً.

والثاني: إذا انتقلتِ الدابَّةُ من مالكها إلَىٰ غيره، فقياسُ كون الوصية للدَّابَّة الاستمرارُ[1] لها، وقياسُ كونها للمالك اختصاصُها بالمنتَقَلِ عَنْه؛ والله أعلم.

وإذا وصَّى للمسجد، وفسّر بالصرف إلى عمارته، ومصلحته، صحَّت الوصية، وإن أطلق، فوجهان.

أحدهما: البطلانُ، كالوصية للدابَّة.

وأظهرهما: الصحَّة؛ لأن مقتضَى العُرْف تنزيلُه على المصرف إلَىٰ عمارته، ومصلحته، والقَيِّمُ يصرف إلى الأهم، والأصلحِ بٱجتهاده.

وإن قال: أردتُ (به)[2] تمليك المسجد، فقد ذَكَر بعضُهم أن الوصية لاغيةٌ، ولك أن تقول: قد سبق أن للمَسْجد ملكاً وعليه وقفاً، وذلك يقتضي صحَّة الوصية وثبوت[3] الملك، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: أَمَّا الحَرْبِيُّ فَيَصِحُّ (ح) الوَصِيَّةُ لَهُ عَلَىٰ ظَاهِرِ المَذْهَبِ، كَالهِبَةِ

---

(١) قال النووي: بل القياس اختصاصها بالمتنقل إليه، كما سبق في الوصية للعبد.

(٢) سقط في: ز، ب.

(٣) قال النووي: هذا الذي أشار الإمام الرافعي إلى اختياره هو الأفقه والأرجح.

وَالبَيْعِ، وَكَذَا المُرْتَدُّ، وَقِيلَ: لاَ يَصِحُ لِأَنَّهُ تَقَرُّبٌ إِلَىٰ مَنْ أُمِرَ بِقَتْلِهِ، وَلاَ خِلاَفَ فِي جَوَازِهِ لِلذِّمِيِّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المسألة الرابعةُ: في الوصية لأهل الحَرْب من الكُفَّار وجهان:

أحدهما: الجواز، وبه قال أحمد رحمه الله، كما يجوز البَيْع، والهبةُ، منهم، وعلَىٰ هذا؛ يخرَّج ما قدمنا من الوصية؛ لمفاداة أَسْرَاهُمْ من أيدي المُسْلِمِينَ.

وثانيهما: المنع، وبه قال أبو حنيفة، وابن القاصّ؛ لقوله تعالَىٰ: ﴿**لاَ يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُم أَنْ تَبَرُّوهُمْ**﴾ [الممتحنة ـ ٨] أشعر ذلك بالنَّهْيِ عن بِرِّهِمْ، إذا قاتلونا، وأيضاً، فإنَّا مأمورون بقَتْلِهِمْ، فلا معنى للتقرب إليهم بالوصية، والظاهر من الوجهين الثاني عند الأستاذ أبي منْصُور، والأول عند الجمهور، وهو منصوصٌ عليه في «عيون المسائل»[١].

وفي الوقف على الحَرْبِيِّ ذكرنا أن أصحَّ الوجهين المنْعُ، وفَرَقُوا بوجهين:

أحدهما: أن الوقف صدقةٌ جاريةٌ، فاعتبر في الموقوف عليه الدوام؛ كما اُعْتُبِرَ في الوقْف.

والثاني: أن معنى التمليك في الوصيَّة أظهرُ منه في الوقف؛ ألا ترَىٰ أن المُوصَىٰ له يملك الرقبة، والمنفعة، والتصرُّف، كيف شاء والموقوفُ عليه بخلافه؟ فأُلْحِقَتِ الوصيةُ بسائر التمليكات، والوجهان في الوصية للحربي جاريان في الوصيَّة للمرتَدِّ، وبنَىٰ بعضهم الخلافَ في الوصيَّة له على الخلاف في ملكه.

وتجوز الوصية للذمي، بلا خلاف، كما يجوز التصدق[٢] عليه، وقد رُوِيَ «أن صفيةَ ـ رضي الله عنها ـ أوْصَتْ لِأَخِيْهَا بِثَلاَثِينَ أَلْفاً، وكان يَهُودِيّاً»[٣].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: أَمَّا القَاتِلُ فَفِي الوَصِيَّةِ لَهُ ثَلاَثَةُ أَقْوَالٍ، يَصِحُ (ح)، وَلاَ يَصِحُ،

---

(١) قيل إن الجرجاني طرد الخلاف في الذمي ولم يعز المصنف النص إلا في الحربي ثم قال والوجهان يجريان في الحربي.

(٢) في ب: الصدقة.

(٣) أخرجه البيهقي من حديث عكرمة أن صفية قالت لأخ لها يهودي: أسلم ترثني، فرفع ذلك إلى قومه، فقالوا أتبيع دينك بالدنيا، فأبى أن يسلم، فأوصت له بالثلث، ومن طريق أم علقمة: أن صفية أوصت لابن أخ لها يهودي، وأوصت لعائشة بألف دينار، وجعلت وصيتها إلى عبد الله بن جعفر، فطلب ابن أخيها الوصية، فوجد عبد الله قد أفسده، فقالت عائشة: أعطوه الألف دينار أوصت لي بها عمته.

وَيُفَرَق فِي الثَّالِثِ بَيْنَ الوَصِيَّةِ لِلْجَارِحِ وَبَيْنَ الوَصِيَّةِ قَبْلَ الجَرْحِ فَإِنَّهُ مُسْتَعْجِلٌ لِلْإِرْثِ، وَالمُسْتَوْلَدَةُ إذَا قَتَلَتْ سَيِّدَهَا فَإِنِ ٱسْتَعْجَلَتِ عَتَقَتْ، وَكَذَا مُسْتَحِقُّ الدَّيْنِ المُؤَجَّلِ إِذَا قَتَلَ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ حَلَّ أَجَلُهُ، وَالمُدَبَّرُ مُرَدَّدٌ بَيْنَ المُوصَىٰ لَهُ وَبَيْنَ المُسْتَوْلَدَةِ فَفِيهِ خِلاَفٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المسألة الخامسةُ: في الوصية للقاتل قولان:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة: أنها غيرُ صحيحةٍ؛ لِمَا رُوِيَ أنه ﷺ قال: «لَيْسَ لِقَاتِلٍ وَصِيَّةٌ وأيضاً فإنه ٱستحقاقٌ يثبت بالمَوْت، فيمتنع بالقَتْل كالميراثِ.

وأظهرهما: عند العراقيين، وتابعهم الإمام، والرُّويانيُّ [أيضاً] أنها صحيحةٌ؛ لأن التمليك بالوصية تمليك بإيجاب وقَبُولٍ فأشبه التمليك بالبيع والهبة، وبهذا قال مالك ـ رحمه الله ـ ويُرْوَىٰ عنه تخصيصُ الجوازِ بما إذا كان القَتْلُ خطأً، وعن أحمد ـ رحمه الله ـ روايتانِ كالقَوْلين.

ولا فرْقَ عندنا على القولَيْن بين أن يكُون القَتْل عمْداً، أو خطأً، وتكلَّموا في موضعهما من وجْهَيْنِ:

أحدهما: هل من فَرْقٍ بين أن يكون القتل بحقٍّ كالقصاص، أم لا يكون؟ سكت الأكثرون عَنْه، وقال صاحب «التلخيص»: تجوز الوصية للقاتل بالحَقِّ، والخلافُ في غيره، وأدار الوصية على الإرث وقال القفال: إن ورثت القاتل بالحق جوزنا الوصية له، وإلا، ففيه الخلاف.

والثاني: أن من الأصحاب من قال: القولان فيما إذا أوصى المجروحُ لجارِحِهِ، ثـم مـاتَ، فـأما إذا أوصَىٰ لإنسان، فجاء وقَتَلَهُ، بَطَلَتِ الوصِيةُ قولاً واحداً؛ لأنه مستعجلٌ بالقتل؛ فيُحْرَمُ؛ كالوارث، ومنهم من عَكَسَ؛ وصحَّح الوصية جِزماً فيما إذا أوصَىٰ لجارحه، وخصَّص القولَيْن بما إذا أوصَىٰ لإنسان، فجاء وقتله، والأكثرون طَرَدُوا القَوليْن في الحالتين، فإذا اختصرتَ، تحصَّلْتَ علَىٰ ثلاثة أقوال، كما في الكتاب تصح، لا تصح، تصحُ إن تقدَّمتِ الجراحة، ويُبْطَل، إن[1] تأَخَّرت.

والمستولَدَةُ، إذا قتَلَتْ سيدها، عَتَقَتْ، وإن ٱستعجلَتْ؛ لأن الإحبال يُنَزَّلُ منزلة الإعْتَاق؛ ألا تَرَىٰ أنَّ الشريك، إذا أحبل الجارية المشتَرَكَة، سَرَىٰ ٱلاَسْتيلاد إلَىٰ

(١) قيد ابن الرفعة الخلاف بما إذا كان حراً أما إذا كان أوصى للقاتل وهو رقيق صحت قولاً واحداً لأنها وصية لسيده وقال الشيخ البلقيني: محل ذلك إذا أوصى له بغير القود أما إذا أوصى له بالقود أو عفى عنه في مرض موته فإنه يصح جزماً. ذكره الشيخ أبو حامد في التعليق في باب عفو المجني عليه.

(نصيب) الشريك، كما لو أَعْتَقَ نصيبه، وإذا كان كالإعتاق، لم يقدح القتل فيه، كما إذا أعتق العَبْد، ثم جاء العبدُ وقتله، وكذلك مستحِقُّ الدَّين المؤَجَّل، إذا قتل مَنْ عليه الدَّينُ، حلَّ أجله؛ لأنَّ الأجل حقُّ مَنْ علَيْه الحق، أثبت ليرتفق به بالاكتساب في المدَّة، فإذا هَلَك، فالحَظُّ له في التعجيل؛ لتبرأ ذمته.

وإذا قتل المدبَّر سيده، فَيُبنى على أن التَّدبير وصيَّة، أو تعليقٌ عتق بصفة؟ إن قلنا بالأول، فهو كما لو أَوْصَىٰ لإنسانٍ، فجاء وقتله، وإنْ قلنا بالثاني، عَتَقَ؛ كالمستولدة، وقال في «التهذيب»: إن صحَّحنا الوصية للقاتل، عَتَقَ المُدَبَّر، إذا قتل سيده، وإن لم يصحِّحها، لا يُعْتَقُ، ويبطُل التدبير، سواءٌ جعلنا التدبير وصيَة، أو تعليقاً للعِتْق؛ لأنه، وإن كان تعليقاً، فهو في حكم الوصية، لأنه يُعْتَبَرُ من الثلث، وهذا إثباتٌ للخلاف، سواءٌ جعلناه وصيَّة، أو تعليقاً وإذا أوصَىٰ لعبدِ جارِحِهِ، أو لمُدَبَّرِهِ، أو لمسْتَوْلَدَتِهِ، فإن عَتَقَ قبل موت الموصِي، صحَّت الوصية له، وإن انتقل منه إلَىٰ غيره، صحَّت الوصية لذلك الغيرُ، وإلاَّ، فهي وصيةٌ للجارح، ولو أوصَىٰ لعبد بشيء، فجاءه العبد، وقتله، لم تتأثر به الوصيةُ، وإن جاء [السيد]، وقتله، فهي وصيةٌ للقاتل.

ولو أوصى لمكاتَب، فقتل المكاتَبُ الموصِيَ، فإن عَتَقَ، فهي وصية للقاتل، وإن عجز، فالوصيةُ صحيحةٌ للسيد وإن جاء سيِّد المُكَاتَبِ، فقتله، فالحكم بالعكس، وتجوزُ الوصيَّة للعَبْد القاتل؛ لأنها تَقَعُ للسيد.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَأَمَّا الوَارِثُ فَلاَ وَصِيَّةَ لَهُ لِقَوْلِهِ ﷺ أَلاَ لاَ وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ، وَإِنْ أَجَازَ الوَرَثَةُ وَصِيَّةَ الوَارِثِ وَالقَاتِلِ وَوَصِيَّةَ الأَجْنَبِيِّ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ نَفَذَتْ فِي أَصَحِّ القَوْلَيْنِ وَكَانَ تَنْفِيذاً أَوْ إِمْضَاءً، وَفِي القَوْلِ الثَّانِي هُوَ ٱبْتِدَاءُ (ح م) عَطِيَّةٍ مِنَ الوَرَثَةِ، فَإِنْ كَانَ عِتْقاً فَلَهُمُ الوَلاَءُ، وَلَوْ أَوْصَىٰ لِكُلِّ وَارِثٍ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ فَهُوَ لَغْوٌ، فَإِنْ خَصَّصَ كُلَّ وَاحِدٍ بِعَيْنٍ هِيَ قَدْرُ حِصَّتِهِ فَفِي الحَاجَةِ إِلَى الإِجَازَةِ فِيهِ خِلاَفٌ، وَالأَظْهَرُ: أَنَّهُ يَحْتَاجُ إِذْ يَظْهَرُ الغَرَضُ فِي أَعْيَانِ الأَمْوَالِ، وَكَذٰلِكَ لَوْ أَوْصَىٰ بِأَنْ يُبَاعَ عَيْنُ مَالِهِ مِنْ إِنْسَانٍ يَنْفُذُ (ح و)، وَلاَ خِلاَفَ أَنَّهُ لَوْ بَاعَ فِي مَرَضِ المَوْتِ عَيْنَ مَالِهِ مِنْ وَارِثِهِ بِثَمَنِ المِثْلِ نَفَذَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المسألةُ السادسةُ: الوصيةُ للوارث، وتُقدَّم عليها أن الإنسانَ لا ينْبَغِي أن يوصِيَ بأكثر من ثُلُثِ ماله[1]؛ لخَبَرِ سَعْدٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ المذْكُورِ في أول

(١) قال في الخادم: هذه العبارة أي عبارة الرافعي لا ينبغي أن يوصي بأكثر من الثلث غير مخلصة وأحسن منها فينبغي لا يوصي بأكثر من الثلث ـ وهي عبارة الروضة ـ وبها عبر البغوي والمتولي والخوارزمي، وقال القاضي الحسين؛ لا يجوز، ومثله قول ابن سريج في الودائع «ليس له ذلك»=

الكتاب، فإن فَعَل، فإمَّا أن يكُونَ له وارثٌ خاصٌ، أو لا يكونَ، إن كان، وردَّ الوارث، ارتدَّتِ الوصيةُ في الزِّيَادة على الثلث، وبطَلَتْ، وإن أجاز دَفْعَ المال إلى الموصَىٰ له، وما حَالُ إجارته، أهِيَ تنفيذٌ وإمضاءٌ؛ لِتصرُّف الموصِي، أم ابتداءُ عطيةٍ من الوارث؟ فيه قولان:

أحدهما: أنها ابتداءُ عطية تُصرُّفُ الموصِي لاغٍ في الزيادة على الثلث؛ لأنه منهيٌّ عنه، والنهْيُ يقتضي الفساد، وأيضاً، فإن الزيادة متعلَّق حقِّ الورثة، فيلغو تصرُّفُه فيها، كتصرُّف الراهن في المرهون.

وأصحُّهما: أنه تنفيذ وإمضاءٌ لتصرُّف المُوصِي، وتصرُّفُهُ موقوفٌ علَىٰ الإجازة؛ لأنه تصرُّف مصادف للملك، وحقُّ الوارث إنما يثبت في ثاني الحال، فأشبه بَيْع الشِّقْص المشفُوع، ويدل على انعقاده أنه لو برأ من مرضه، نفذت تصرفاته، ولم يفتقر إلَىٰ ٱلاَستئناف، وقد يُعبَّرُ عن الغرض بعبارةٍ أخرَىٰ، وهي أن الوصية بالزيادة، (على الثلث)[1] غيرُ نافذةٍ إن لم يجز الوارث، وإن أجاز، ففي نفوذها بالإجازةِ قَوْلاَن.

فإن لم يكن له وارثٌ خاصٌ، فوصيته بالزِّيَادة على الثلث باطلة؛ لأنه لا مجيز،

= ونحوه، وقول الماوردي «فأما الزيادة على الثلث فممنوع منها في قليل المال وكثيره لأن النبي ﷺ نهى سعداً». انتهى.

وهو ظاهر في التحريم، وكذا قال أبو زكريا الساجي في كتاب «اختلاف الفقهاء» أنه لا يجوز أن يوصي بأكثر من الثلث، قال الشيخ البلقيني وولده الشيخ جلال الدين لو كان في الورثة صغير أو معتوه أو بالغ سفيه ففي «الأم» في باب اختلاف الورثة قبل الوصية للقرابة قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: ولو كان في الوصية صغير أو بالغ محجور عليه، أو معتوه، لم يجز على واحد من هؤلاء أن يجيز في نصيبه شيئاً جاوز الثلث من الوصية، ولم يكن لولي واحد من هؤلاء أن يجيز ذلك في نصيبه، ولو أجاز ذلك في ماله كان ضامناً له في ماله، فإن وجد في يدي من أجيز له أخذ من يديه، وكان للولي أن يتبع من أعطاه إياه بما أعطى منه؛ لأنه أعطاه ما لا يملك. انتهى. ينظر الأم ٤/ ١٤٥.

وحاصله أن الولي لا يجوز له أن يجيز ولا يجب عليه أن يرد ولا يعطل التصرف في العين بل يجوز بيعها والتصرف فيها.

فإن قيل هل يجزي جواز البيع والتصرف في البالغ الرشيد قبل أن يرد إذا كان وارثاً يحتمل أن يجزي ويحتمل أن يفرق بأن له مندوحة في ذلك بأن يرد ـ باللفظ ـ وهذا الثاني أولى. انتهى.

وذكر في الخادم ذلك ولم يعزه لنقل شيخه ونقل عن الماوردي أنه لا يصح إجازة الورثة إلا من بالغ عاقل جائز الأمر، فإن كان فيهم صغير أو مجنون أو محجور عليه بسفه لم يصح منه الإجازة، ولا من الحاكم عليه، ولا من وليه لما في الإجازة عليهم من تضييع حقهم ولا ضمان على الولي المجيز ما لم يُقبض، فإن أقبض صار ضامناً بقدر ما أجازه من الزيادة. قاله البكري.

(١) سقط في: ب، ز.

والمالُ للمسلمين. وعند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنها صحيحةٌ، وبه قال أحمد في أصحِّ الروايتَيْنِ عنه، وفي «شرح أدب القاضي» لأبي عاصمٍ العبَّادِيِّ وجهٌ مثله.

وقال في «التتمة» للإمام: رد هذه الوصية.

وهلْ له إجارتها ليُبْنَىٰ علَىٰ أن الإمام، هلْ يُعْطَىٰ حكْمَ الوارث الخاصِّ؟ إذا عُرِفَ ذلك، ففي الوصية للوارثِ طريقان:

أصحهما: أن الحكْمَ، كما لو أوصَىٰ لأجنبيٍّ بالزيادة على الثلث، حتَّى يرتدَّ بردِّ سائر الورثة، وإن أجازوا، فعلى القولَيْن، وقد نصَّ عليهما في «الأم»:

أحدهما: أن إجازتهم ابتداءُ عطيةٌ والوصية باطلة؛ لقوله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَىٰ كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، إِلاَّ لاَ وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»[1].

والأصحُّ، وبه قال أبو حنيفةَ، ومالك، وأحمد ـ رحمهم الله ـ إنها تنفيذٌ لما فعله المُوصِي، ولِلَّذي فعَلَهُ. انعقادٌ واعتبارٌ؛ لما رُوِيَ عنِ ابنِ عبَّاس ـ رضي الله عنه ـ أن النبيَّ ﷺ قال: «لاَ تَجُوزُ الوَصِيَّةُ لِوَارِثٍ إِلاَّ أَنْ يُجِيزَهَا الوَرَثَةُ». ويُرْوَىٰ: «لاَ وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ إِلاَّ أَنْ يَشَاءَ الْوَرَثَةُ»[2].

والطريقُ الثَّانِي: أنَّها باطلةٌ، وإن أجاز الورثة، بخلافِ الوصيَّة للأجنبيِّ بما زاد على الثلث، والفرق أن المنع من الزيادةِ لحَقِّ الورثة، فإذا رضُوا، جوَّزنا، والمنع ها هنا لتغيير[3] الفروض التي قدَّرها اللَّه تعالَىٰ للورثة علَىٰ ما أشْعَرَ الخبر، فلا أثَرَ

---

(١) رواه أبو داود. والترمذي. وابن ماجه من حديث أبي أمامة باللفظ التام، وهو حسن الإسناد، وكذا رواه أحمد. والترمذي. والنسائي. وابن ماجه، من حديث عمرو بن خارجة، ورواه ابن ماجه من حديث سعيد بن أبي سعيد عن أنس، ورواه البيهقي من طريق الشافعي عن ابن عيينة عن سليمان الأحول عن مجاهد: أن رسول الله ﷺ قال: لا وصية لوارث، قال الشافعي: وروى بعض الشاميين حديثاً ليس مما يثبته أهل الحديث، فإن بعض رجاله مجهولون، فاعتمدنا على المنقطع مع ما انضم إليه من حديث المغازي، وإجماع العلماء على القول به، وكأنه أشار إلى حديث أبي أمامة المتقدم، ورواه الدارقطني من حديث جابر وصوب إرساله من هذا الوجه، ومن حديث علي وإسناده ضعيف، ومن طريق ابن عباس بسند حسن، وفي الباب عن معقل بن يسار عند ابن عدي، ومن حديث خارجة بن عمرو عند الطبراني في الكبير، ولعله عمرو بن خارجة انقلب. قاله الحافظ في التلخيص.

(٢) رواه الدارقطني من حديث ابن عباس باللفظ الأول، وأبو داود في المراسيل من مرسل عطاء الخراساني به ووصله يونس بن راشد فقال عن عكرمة عن ابن عباس أخرجه الدارقطني والمعروف المرسل، ورواه الدارقطني من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وإسناده واهي، ورواه الدارقطني أيضاً من حديث عمرو بن خارجة باللفظ الثاني وهو عند البيهقي.

(٣) في ز: لتعيير.

لِرِضَاهم، وتُحْكَىٰ هذه الطريقةُ عن المُزَنِيّ، وعن ابن أبي هريرة ـ رحمهما الله ـ.

وقوله في الكتاب: «أما الوارثُ، فلا وصيَّةَ له» لم يُرِدْ به الجواب على هذه الطريقة، وإنَّما أرادَ بُطْلانَها عنْدَ رَدِّ الباقين؛ ألا تراه يقول على الأثر «فإن أجاز الورثة» إلى آخره وعلى مثل هذا ينزل قوله في فَصْل الوصية للعبد «وإن كان عبْدٌ وارثٌ، لم يَصِحَّ» ويجوز أنْ تُعْلَمَ هذه الكلمة بالميم؛ لأن عند مالك ـ رحمه الله ـ إن لو أوصَىٰ لعبدِ وارثِهِ بشيء يسير، صحَّت الوصية، ووقعت للعَبْدِ، وإن أوصَىٰ بمالٍ كبيرٍ، فهي كالوصيَّة للوارث، وقوله: «نفذَت على أصحِّ القَوليْن» عَنَىٰ به أن الوصيَّة منعقدةٌ، موقوفةٌ، فإن أجازوها، أمضيناها، ونفَّذْنَاهَا، بإجازَتِهِم وفي القول الثاني: هي لاغيةٌ، فيكون إجازتهم ابتداءَ عطيَّةٍ منهم، وأما قوله «والقاتل» فالخلاف في الوصية للقاتل عند الإجازة علَىٰ ما حكاه الإمام، كالوصيَّةِ للوارثِ عنْد الإجازة، فتجيء فيها الطريقان؛ وذلك إذا لم نُطْلِقِ القَوْلَ بِصِحَّتها أما إذا صحَّحناها، فلا خِيَرَةَ للوارث، ولا حاجَةَ إلَىٰ إجازته، ويجوز أن يُعْلَمَ قوله «علَىٰ أصحِّ القَوْلَيْنِ» بالواو، للطريقةِ القاطِعَةِ بالبطلان في الوصية للوارث، والقاتلِ، ثم الكلام في التفريع على القولَيْن في كيفية الإجازة، وفي مسائل وقواعد تنسلك في الفصْلِ:

أما التفريع: فإن قلنا: إنَّها تنفيذٌ وإمضاءٌ، كَفَىٰ لفظ الإجارة، ولا حاجة إلى هبة وتجديدِ قبولٍ، وقبضٍ من الموصَىٰ له، وليس للمجيز الرجوعُ، وإن لم يحْصُلِ القبض بعد أن جعلْنَاها ابتداءَ عطيةٍ منهم، فلا يكفي قبولُ الوصية أولاً، بل لا بد من قبولٍ آخَرَ فِي المجلس، ومن القبض، وللمجيز الرجوعُ قبل القبض، وهلْ يُعْتَبَرُ لفظ التمليك، ولَفْظ الإعْتَاق؟

إذا كان الموصَىٰ به العِتْقَ، فيه وجهان:

أحدهما: لا، بل يكفي لفظ الإجازة، لظاهر الخبر.

وأظهرهما: نعم، ولا يكفي لفظُ الإجازة كما لو تصرَّف تصرُّفاً فاسداً من بيعٍ، أو هبةٍ، ثم أجازه ويُنْسَبُ هذا الوجه إلى مالك، وهو الاختيار المَزَنيِّ ـ رحمه الله ـ.

وإذا خلَّف زوجةً، هي بنت عمه، وأباها، وكان قد أوصَىٰ لها، وأجاز أبوها الوصية، فلا رجوعَ له، إن جعلْنا الإجازةَ تنفيذاً.

وإن جعلناها ابتداءَ عطيةٍ، فله الرجوع.

وإذا أعتق عبداً في مرضه، أو (أوصى)[1] بعتقه، ولا مالَ له سواه، أو زادَتْ

---

(١) في أ: أوصى.

قيمته على الثلث، فإنْ جعلْنا الإجازةَ ابتداءَ عطيةٍ من الورثة، فولاءُ ما زاد على الثلث للمجيزين، ذكورهم وإناثهم بحسب استحقاقهم، وإن جعلْناها تنفيذاً، فولاءُ الكلِّ للميت؛ فيرَثه ذكور العصبات لا غير.

وحكَى الأستاذُ أبو منصُورٍ عن بعض الأصحاب أنه يُحْتَمَلُ أن يكون الولاءُ للميِّت على القولَيْن جميعاً؛ لأنا، وإنْ جعلْنا إجازتهم ابتداءَ عطيةٍ، وقلنا: إنه ملكهم، فإجازتهم إعتاقُ الميت، كإعتاقِهِمْ عن الميت بإذنه، ومن أعتق عبده عن غيره بإِذْنِهِ والتماسه، كان الولاءُ للآذن، ويُنْسَبُ هذا الوجهُ إلى ابن اللَّبَّان، إلاَّ أن اعتبار الإِذْنِ بعد موت الآذِنِ كالمستبعد.

ولو أعتَقَ العبْدَ في مرض الموْتِ، ومات العبدُ قبل موته، فيموتُ، كلُّه [حرٌّ أمْ][1] كَيْفَ الحالُ؟ [فيه خلاف مذكورٌ في الكتاب] في «كتاب العتق».

أما المسائِلُ؛ فمنها.

الهبة في مرض الموت من الوارث، والوقْفُ عليه، وإبراؤه عما عليه من الدَّيْنِ، كالوصيَّةِ له، ففيها الخلاف.

ومنها: لا اعتبار بردِّ الورثة، وإجازتهم في حياة الموصِي، وإذا أجازوا في الحياة، وأذنوا له في الوصيَّة، ثم أرادوا الردَّ بعد الموت، فلهم ذلك؛ لأنه لا يتحقَّقُ اَستحقاقُهُم قبْل المَوْتِ؛ لِجَوَازِ أن يبرأ المَرِيضُ، أو يموتوا قَبْل موْتِهِ.

وعَنْ مالك ـ رحمه الله ـ أن الإجازة قبل الموت تلزم، إلا أن يكونَ الوارثُ في نفقته، وعنه أيضاً: أنهم، إنْ أذِنُوا له في الوصية، وهو صحيحٌ، فلهم الرجوعُ، وإنْ أذِنُوا، وهو مريض، فلا رجوعَ لهم، ولو أجاوزا بعد الموْتِ، وقبل القسمة؛ قال الأستاذ أبو منصور: في تنزيلها منزلة الإجازَةِ قبل الموت قولان مخرَّجان للأصحاب، والظَّاهِرُ لزومها.

ومنْها: ينبغي أن يعرف الوارثُ مقدارَ الزائدِ علَىٰ الثلث، ومقدارَ التَّركة، فإن لم يَعْرِف قدر الزائد، أو قَدْرَ التركة، لم تصحَّ الإجازة، وإن جعلْناها ابتداءَ عطيَّةٍ، وإنْ جعلْناها تنفيذاً، فهي كالإبراءِ عَنِ المجهول.

ولو أجاز الوصيَّة بما زادَ عَلَى الثلث، ثُم قال: كنت أعتقدُ أن التركة قليلةٌ، فبانت أكثر مما ظَنَنْتُ، فعن نصِّه في «الأم» أنه يحلف، وتنفذ الوصيةُ في القَدْر الذي كان يتحقَّقه.

---

(١) في أ: حرٌّ أم.

قال الأصحاب: وإنما يُحتَاجُ إلى اليمين، إذا حصل المال في يد الموصَىٰ له، أما إذا لم يحْصَل، فلا حاجة إلى اليمين، إذا جعلناها ابتداءَ هبة؛ فإنَّ الهبة قبل القبض لا تلزم، وفي «التتمة» أن التنفيذ في القدر الذي يتحقَّقه مبنيٌّ على أن الإجازة تنفيذ فتتنزل منزلة الإبراء، أما إذا جعلْناها ابتداءَ هبة، فإذا حلف، بَطَل في الكلِّ، واللفظ المحكيُّ عن النص ينازع فيما إذا ادعاه.

ولو أقام الموصَىٰ له بيِّنَةً على أنه كان عارفاً بقَدْر التركة عند الإجازة، لزمت، إن جعلْناها تنفيذاً، وإن جعلْناها ابتداءَ هبةٍ، لم تلزم، إذا لم يوجَدِ القبضُ، ولو كانتِ الوصيةُ بعبدٍ معيَّن، وأجاز الوارثُ، ثم قال: كنْتُ أظنُّ أن التركةَ كبيرةٌ، وأن العبد خارجٌ من ثلثها، [فتبينت][1] خلافه، أو ظهر دَيْنٌ لم أعلمه، أو تبيَّن لي أنه تَلِفَ بعضها، فإن جعلْنا الإجازة ابتداءَ عطيَّةٍ، صحت.

قال في «التتمة»: لأن العبد معلومُ الجهالةِ في غيره، بخلافِ ما إذا كانت الوصيَّةُ بالجزء المشاعِ.

وإن جعلْناها تنفيذاً وإمضاءً، فقولانِ نقلهما صاحب «الشامل» وغيره:

أحدهما: الصحَّة للعلم بالعقد.

والثاني: أنه يحلِفُ، ولا يلزم إلاَّ الثلث، كما في الوصيَّة بالمشاع، وهذا ما أورده المتولِّي[2].

ومنها: العبرة في كونه وارثاً بيوم الموت، حتى لو أوصَىٰ لأخيه، ولا ٱبْنَ له ثم وُلِدَ له ابْنٌ قبل موته، فالوصيةُ صحيحة.

ولو أوصَىٰ لأخيه، وله ابن، فمات الابن قبل موْتِ الموصِي، فهي وصية للوارث؛ وقد ذَكَرْنَا في الإقرار للوارث خلافاً؛ في أن العبرة بيوم الإقرار، أو بيوم الموت، والفرق أن استقرار الوصية بالموت، ولا ثبات لها قبله.

ومنها: قال صاحب الكتاب: «إذا أوصَىٰ لكلِّ واحدٍ من ورثته بقَدْر حصَّته من التركة، لَغَتْ وصيته؛ لأنهم مستحِقُّون لها، وإن لم يوص ويجيء فيه وجهٌ آخر، لأن

---

(١) في ز: فيثبت.

(٢) قال النووي وبهذا قطع المتولي هذا التصحيح من عنده والرافعي حكى الخلاف من غير ترجيح بل كلامه يشعر بترجيح الثاني، فإنه لم يحك الأول عن أحد، وحكى الثاني عن إيراد المتولي وحكاه ابن الرفعة في الكفاية عن البندنيجي والروياني وغير مسلم بهذا أن الجمهور على ترجيح هذا. وقال في المهمات: الصحيح الصحة فقد صححه في تصحيح التنبيه. قلت: ليست مسألة التنبيه وتصحيحه في المعين.

صاحب «التتمة» حكَىٰ وجهين فيما إذا لم يكُنْ له إلا وارثٌ واحدٌ، فأوصَىٰ له بماله:

المذهبُ منهما أنه تلغُو الوصيةُ، ويأخذ التركة بالإرْثِ.

والثاني: أنه يأخُذُها بالوصية، إذا لم ينقضها، قال: وفائدةُ الخلافِ تظْهَر فيما إذا ظهر دين، إن قلْنا: إنه يأخذ التركة إرثاً، فله إمساكُها، وقضاءُ الدَّين من موضع آخر، وإن قلنا: إنه يأخُذُها بالوصية، قضاه منها، ولصاحب الدَّين الامتناعُ لو قضَىٰ من غيرها، ومعلومٌ أنه لا فرْقَ بين أن يتحد الوارث[(١)]، أو يتعدَّد.

ولو أوصَىٰ لكلِّ واحد من الورثة بعينٍ، هي قَدْرُ حصته من ثوب وعبد وغيرهما، فهل تحتاج هذه الوصيَّةُ إلى الإجازة أم لاَ؟ ويختص كل واحد منهم بما عينه؟ فيه وجهان:

أظهرهما: الحاجةُ؛ لأن الأغراض تتفاوتُ بأعيان الأموال، والمنافع الحاصلة منها.

والوجه الثاني: أن حق الورثة يتعلَّق بقيمة التركة، لا بعينها؛ ألا ترَىٰ أنه لو باع المريضُ أعيانَ التركة بأثمان [مثلها]، صَحَّ، وحقوقُهُمْ في القيمة موفَّاة ها هنا؟ وذكر صاحب «التهذيب» في هذا الموضع صورتين؛ كالمستشهد بهما للوجهين.

إحدى الصورَتَيْن: إذا أوصِىٰ بأن يُبَاعَ عين ماله من إنسان، فالوصية صحيحةٌ؛ لأن الأغراض يتعلق بالعين، كما يتعلَّق بالقدر، فتصحّ الوصية بها، كما تصحُّ بالقدر، وفي «التتمة»، «والمعتمد» للشَّاشِيِّ وجه آخر؛ أنها لا تصحُّ، وبه قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: لأنه لو باع ماله في مرض [الموت][(٢)]؛ لا يُعْتَبَرُ من الثلث، ولو صحَّت الوصية، لاَعْتِبُرَ من الثلث.

والثانية: بيع المريض مالَهُ من وارثه بثَمَن المثل نافذ، خلافاً لأبي حنيفة، حيث قال: إنه وصية، يُوقَفُ علَىٰ إجازة سائر الورثة.

لنا: أنه لا تبرُّعَ فيه؛ ألا ترىٰ أنه يجوز بيع الزائد على الثلث بثمن المِثْل من الأجنبيِّ.

والصورةُ الثانيةُ: يشهد لوجْهِ الاَستغناء عن الإجازة فيما إذا أوصَىٰ لكلِّ واحدٍ بعينٍ هي قَدْرُ حصَّته، والأوْلَىٰ تشهد لوجه الحاجة إليها، فكذلك قال، وكذلك لو

---

(١) قال النووي: ومن فوائده لو حدثت من عين التركة زوائد. إن قلنا: وصية لم يملكها. وإن قلنا: إرث ملكها على الصحيح.

(٢) سقط في: ز.

أوصَىٰ بأن يباع عين ماله من إنسان، نفذ، لكن لا خلافَ إلَىٰ آخره، إلاَّ أن الاستشهاد إنما يَحْسُن إذا كان المستشهَدُ به مُتَّفَقَاً عليه، أو كان الحكْمُ فيه أظهر منه في موضع الكلام.

وادعَىٰ صاحب «التتمة» أن الخلاف في الصورة الأولَىٰ مبنيٌّ على الخلاف في الحاجة إلى الإجازة وإذا أوصى لكلِّ واحدٍ بعين، هي قدرُ حصته، إن قلنا بالحاجة هناك، صحَّت الوصية ها هنا، وإلاَّ، فلا، فإن كان كذلك، فالأحسنُ أن يقرأ، وكذلك لو أوصَىٰ بأنْ تُبَاعَ عينُ ماله من إنسان، نفذ؛ ليكون عطفاً على أظهر الجوابَيْنِ في المسألة السابقة، وهذا يوجد في بعض النسخ.

ومنها: أوصَىٰ بثلث ماله لأجنبيٍّ ووارثٍ، إن صحَّحنا الوصيَّة للوارث، وأجاز سائرُ الورثة، فالثلث بينهما، وإن أبطَلْناها، أو ردها سائر الورثة، فقد ذُكِرَ وجْه: أنَّها تبْطُل في حقِّ الأجنبيِّ، أيضاً؛ أخذاً من منع تفريق الصفقة، لَكنَّهُ ضعيف؛ لأن العقْدَ مع شخصين كعقْدَيْن، بل للأجنبيِّ السدس[1].

وعن أبي حنيفة: أنَّ له تمامَ الثُّلث، ولو أوصَىٰ لهذا بالثلث، ولهذا بالثلث، فإنِ ٱعتبرنا الوصية للوارث، وأجاز سائر الورثة، فلكلٍّ واحد منهما الثلث؛ وإن أبطلناها، أو ردوا فلا شيء للوارث، ثم يُنْظَرَ في كيفية الرد؛ إن ردُّوا وصية الوارث، سُلِّمَ للأجنبيِّ تمامُ الثُّلُث، وفيه وجهٌ بعيدٌ؛ أنه لا يُسَلَّم إلاَّ السُّدُس.

وإن قالوا: ردَدْنا ما زاد على الثُّلث من الوصيَّتَيْنِ، فوجهان:

أحدهما: وهو الذي ذكره الشيخ أبو حامد، ونسبه أبو الفَرَجِ الزاز إلى ٱختيار القَفَّال: والشيخ أبي عليٍّ ـ رحمه الله ـ أنه ليس للأجنبيِّ إلاَّ السدس، فإنَّ الزيادةَ قد بَطَلَتْ بالرد؛ فكأنه أوصَىٰ بالثلث ولهما.

وأرجحُهُمَا عند أكثرهم، وهو الذي أورده في «التهذيب»: أنَّ له تمَامَ الثلث، ووجِّه بأن القائل للرَّدِّ في حقِّ الأجنبي الزائدِ على الثُّلُث، وفي حقِّ الوارث الجميع، فكان الانصراف إلَىٰ نصيب الوارث أوْلَىٰ.

---

(١) قضيته جريان هذا الوجه سواء اعتبرنا إجازة الوارث أو لا، وليس كذلك بل محله إذا أراد تفريعاً على اعتبار إجازة الوارث فإن أبطلناها لم يجىء الوجه المذكور بل يكون للأجنبي الثلث كاملاً بلا خلاف ويشهد لذلك توجيه ابن الصباغ هذا الوجه بأن الوارث يزاحم الأجنبي إذا أجاز الورثة وصيته، فإن ردوها وجب أن يرجع إليهم بنصيبه، ويكون للأجنبي حقه، وهو السدس وشبهه ابن الرفعة بالأخوين يردان الأم من الثلث إلى السدس مع الأب، ويرجع فائدة الحجب إلى الأب؛ لأنه الذي أسقط الأخوين.

ومنها: إذا أوصَىٰ إلى أحد ورثته بقَدْر نصيبه من التركة، أو بما دُونه، وأجاز الباقون، سُلِّمَ له المُوصَىٰ به، والباقي مشتركٌ بينهم.

قال الإمام ـ رحمه الله ـ: وذلك القدْرُ خرج عن كونه موروثاً باتّفاق الورثة، أما الموصَىٰ له؛ فلأنه أوقعه عن جهة الوصيةِ، حيث قبلها، وأما غيره؛ فلأنه أجازها.

ولو أوصَىٰ لبعض الورثةِ بأكْثَرَ من قَدْر نصيبه، فوجهان:

أصحُّهما: أن الجواب كذلك.

والثاني: أنَّ الباقي لمن لم يُوصَ له؛ لاحتمال أنَّ غرَضَه من الوصيَّة تخصيصُه بتلْك الزيادة، لا بجميع الموصَىٰ به، ويخرَّج على هذا الأصل ما إذا أوصَىٰ لأجنبيٍّ بنصف ماله، ولأحدِ ابْنَيْهِ الجائزين بالنِّصْف، وأجاز الوصيتَين، فللأجنبيِّ النصف.

وأما الابنُ الموصَىٰ له، ففيما يستحقه وجهان:

أحدهما: النصف.

والثاني: الربع، والسُّدُس، والباقي، وهو نصْفُ السُّدُسِ للَّذي لم يُوصَ له، ونسب الإمام وغيره الوجه الأوَّلَ إلَىٰ جواب القَفَّال، والثاني إلَىٰ ابن سُرَيْج، ورأيت الأستاذ أبا منصورٍ حَكَى الأول عن ابن سُرَيْج، ووجّهُ خروجها على الأصل المذكور، أن الثلث مُسلَّم للأجنبيِّ، لا حاجة فيه إلى إجازة الاثنين، والباقي بينهما لو رُدَّ لكل واحد منهما الثلث، فإذا أوصَىٰ لأحدهما بالنصف، فقد زاد على ما يستحقُّه سدساً، فإن قلنا: الباقي بعد الوصية لهما جميعاً، فالسدس بينهما، لكنهما إذا أجَازَا، لَزِمَ كلّ واحد منهما أن يدْفع نصف سدس إلى الأجنبيِّ؛ ليتم له النصف، وحينئذ فيعودُ ما كان للموصَىٰ له إلى النصف، ولا يبقَىٰ للآخر شيْء، وهذا هو الوجه الأوَّل وإن فإنْ قلنا: إن السُّدُس الباقي يختصُّ به الذي لم يُوصَ له، فيعودُ بإجازتهما وصية الأجنبيِّ نصف الابن الموصى له، إلى ربع، وسدس وسدس الابن الآخر إلى نصف سدس، وهذا هو الوجه الثاني. ولو أجاز الابنُ الذي لم يُوصَ له الوصيتين جميعاً، ولم يُجِزِ الموصَىٰ له وصيَّة الأجنبيِّ؛ فالمسألة تصحُّ؛ من اثْنَيْ عَشَرَ للأجنبيِّ الثلث؛ أربعةٍ بلا إجازة، ويأخُذُ سهماً آخر من نصيب الذي أجاز، فيجتمع له خمسة، وللابن الموصَىٰ له سبعة؛ ستةٌ منها بحُكْم الوصية، وواحدٌ؛ لأنه لم يُجِزْ وصيَّة الأجنبيِّ، هكذا حكاه الأستاذ عن ابن سُرَيْجٍ، وهو قياس الوجه الأول.

وقياس [الوجه][1] الثاني أن يأخذ الابنُ الموصَىٰ له ستة أسهم، ويبقَىٰ للابن

---

(١) سقط في: ز.

الآخر سهم، ولو لم يجز ٱلأبن الذي لم يُوصَ له وصية الأجنبي، فللموصى له خمسة، ثم على قياس الوجه الأول: لابن الموصَىٰ له ستة، وللآخر سهم، وعلى قياس الثاني: للموصَىٰ له خمسة، وللآخر سهمان.

ومنها: أوصَىٰ لأجنبيٍّ بثلث ماله، ولأحدِ ٱبنيه الجائزين بالكل، وأجازا الوصيتين، فللأجنبيِّ الثلث كاملاً، والثلثان للأبن الموصَىٰ له، وليس له زحمة الأجنبيِّ في الثلث، فإن الوصية بالثلث للأجنبيِّ مستغنية عن الإجازة، وفيه احتمالٌ للمتأخِّرين، [وإن ردّا][1] فثلث الأجنبيِّ بحاله، ولا شيء للابن الموصَىٰ له بالوصية، ولو أوصَىٰ للأجنبي بالثلث، ولكلِّ واحد من ابنيه بالثلث، فردًا، لم يؤثِّر ردُّها في حق الأجنبيِّ، وفيه وجه؛ أنه ليس له إلا ثلثُ الثُّلث بالشيوع.

ومنها: وقف داراً في مرض موته على ٱبنه الجائز، فإن أبطلنا الوصيَّة للوارث، فهو باطل، وإن اعتبرناها موقوفةً على الإجازة، فعن ابن الحَدَّاد؛ أنه [إذا احتملها][2] ثلث ماله، لم يكن للوارث إبطالُ الوَقْف في شَيْء منها؛ لأن تصرُّفَ المريض في ثُلُث المال نافذ، فإذا تمكَّن من قَطْع حقِّ الوارث [عن الثلث] بالكُلِّيَّة؛ فَلأَنْ يتمكَّن من وقْفِهِ عليه، وتعْليق حقِّ الغير به، كَانَ أَوْلَىٰ، وإنْ زادَتْ على الثلث، لم يبْطُلِ الوقْفُ في قدر الثلث، وأما الزيادةُ، فليس للمريض تفويتُ مِلْكِها على الوارث.

وللوارِثِ الردُّ، والإبطال، فإن أجاز، فإجازته وقف منه على نفسه، إن جعلنا إجازة الوارِثِ ابتداءَ عطيَّةٍ منه، وإنْ جعلناها تنفيذاً منه، لزم الوقْفُ.

وفي «التتمة»: أن القفَّال قال: له ردُّ الوقْف في الكل؛ لأن الوصيَّة بالثلث في حقِّ الوارث كَهِيَ بالزيادة في حقِّ غير الوارث؛ ألا ترى أنه لو أوصَىٰ لأحد الوارِثَيْنِ بشَيْءٍ قليلٍ، كان للآخر الرد؟ فإن أجاز الابن فالحكْمُ في الكلِّ على الخلاف في كيفية الإجازة.

وأجاب الشيخ أبو عليٍّ عن هذا التوجيه بأنا إنما جوَّزنا لأحد الوارثَيْنِ إبطالَ الوصية على الثاني؛ لأنه بالوصية فَضَّلَه عليه، ونقص حقّ الذي لم يُوصَ له عن عطيَّة اللّه تعالَىٰ، وها هنا لا تفضيل.

والتفريعُ عَلَىٰ جواز الوصيَّة للوارث في الجملة فلينفذ تصرفه في الثلث المستَحقّ له، والنقل المشهورُ هو المَحْكِيُّ عن ابن الحدَّاد، وعليه تفريعُ الصور المذكورة مِنْ بَعْدُ، ثم ذكر الإمام أن المسألة مصوَّرة فيما إذا نجَّز الوقف في مرض موته أمَّا إذا كان

---

(١) في الروضة: رداً.

(٢) في أ: إذا احتملها.

الابنُ طفلاً، فقبله له، ثم مات فحاول الابن الردَّ، والإجازة، لكنه لا حاجة إلَىٰ هذا الفرض؛ لأنه، وإن كان بالغاً، وقبل بنفسه، لم يمتنع علَيْه الردُّ بعد الموت[١]؛ إذ الإجازة المعتبرةُ هي الواقعة بعد الموت، ولو كان له ابنٌ، وبنتٌ، فوقف ثُلثَي الدار علَى الابْنِ، والثلث علَى البنْتِ، فلا ردَّ لهما، إن خرجت الدارُ من الثلث؛ لأنه لم يُفَضِّلْ، ولم يغير عطيَّة اللّه تعالَىٰ، وإن زادَتْ على الثلث، فلهما ردُّ الوقْف في الزيادة.

وإن وقَفَها عليهما نصفَيْنِ، والثلث يحتملها، فإنْ رَضِيَ ٱلابْن، فهو كما لو وقف، وإلا، فظاهرُ جواب ابن الحدَّاد أن له ردَّ الوقف في ربع الدار؛ لأنه لما وَقَف عليه النصف، كان من حقِّه أن يقف علَى البنت الرُّبُع، فإذا زاد، كان للابْنِ ردُّه، ثم لا يصير شيْءٌ منه وقفاً [عليه] فإنَّ الأب لم يقف عليه إلا النصف، بل يكون الربع المردُودُ بينهما أثلاثاً ملكاً، وتقع القسمة من اثنَيْ عَشَرَ؛ لحاجتِهِ إلَىٰ عدد لربعه ثلاثاً، فتسعةٌ منْها وقْفٌ عليهما، وثلاثةٌ مِلْكٌ، وكلاهما بالأثلاث.

وقال الشيخ أبو عليٍّ: عندي ليْسَ للابْنِ إبطالُ الوَقْف إلاَّ في سُدُس الدار؛ لأنه إنَّما يحتاج إجازته فيما هو حَقُّه، وحقُّه منحصرٌ في ثلثي الدار، وقد وقف عليه النصف، فله استخلاصُ تمامِ حَقِّه، وهو السدُس، أما الثلث الآخر، فهو حقُّها، فلا معنَىٰ لتسليطه على إبطالَ الوقْف فيه، نعم، يَتَخيَّر هي، إن شاءت، أجازت، فيكون كلُّه وقْفَها عليها، وإن شاءت، ردَّت الوقف في نصف سدس الدار، وحينئذ فتكون القسمةُ علَىٰ ما سبق، والنسبة بين وقْفِها وملكها، كالنسبة بين وقفه[٢] وملكه.

ولو وقف الدارَ عَلَىٰ ابنه، وزوجته نصْفَيْن، ولا وارث له سواهما.

قال ابن الحدَّاد؛ قد نقَصَ المريضَ عن حقِّ الابن ثلاثة أثمان الدار [وهي ثلاثة أسباع حقه؛ لأن سبعة أثمان الدار][٣] له ولم يقف عليه إلاَّ أربعة أثمانها، وهي أربعة

---

(١) قال في الخادم: فيه أمران:
أحدها: ما ذكره من ترجيح طريقة ابن الحداد على طريقة القفال ممنوع أما أولاً فلأن الشافعي نص على الإبطال مطلقاً وفاقاً للقفال فقال في الأم في آخر باب عطايا المريض فإذا تكلم بالصدقة المحرمة صحيحاً ثم مرض أو مريضاً ثم صح فهي جائزة خارجة من ماله، فإذا تكلم بها مريضاً فلم يصح فهي من ثلثه جائزة بما يصدق به لو جازت له الوصية بالثلث، ومردودة عما قال عمن يرد عنه الوصية بالثلث. انتهى، والذي يرد عنه الوصية بالثلث هو الوارث، ولكن هذا إذا قلنا إن الوصية للوارث باطلة، فإن توقفنا على الإجازة ففيه ما قاله المصنف.
الثاني: إن إطلاقه هنا يقتضي لزوم الوقف بمجرد اللفظ من غير احتياج إلى قبول الموقوف المعين وهو خلاف ما رجحه في بابه.

(٢) قال النووي: قول أبي علي هو الأصح، أو الصحيح، أو الصواب.

(٣) سقط في: ز.

أسباع حقِّه، فله ردُّ الوقف في حقِّها من الدار، وهو الثمن إلى أربعة أسباعه؛ ليكون الوقْفُ عليها من نصيبها، كالوقف عليه من نصيبه، فيكون الباقي بينهما أثماناً ملكاً، فتكون القسمةُ من ستة وخمسين؛ لحاجتنا إلى عدد لثمنه سبع؛ فيكون أربعةَ أسباعِ الدار كلّها، وهي اثنان وثلاثونَ وقفاً؛ ثمانيةٌ وعشرون منها وقْفٌ على الابن، وأربعةٌ على الزوجة، والباقِي، وهو أربعة وعشرون، ملكاً بينهما: منها أحدٌ وعشرون لِلاِبْنِ، وثلاثةٌ للزوجة.

وقال الشيخ أبو عليٍّ ليس له ردُّ الوقف إلاَّ في قيمة حقِّه، وهو ثلاثة أثمان الدار، وأما الثمن، فالخيار فيه للزوجة ولو وقف ثُلُثَ الدار على ابنه، وثلثيها على أمه، ولا وارث له سواهما، فالجوابُ على قياس ابْنِ الحدَّاد؛ أنه نقص من نصيب الأب ثلث الدار لأنَّه يستحق ثلثيها، ولم يقف عليه إلاَّ الثلث، وذلك نصف نصيبه[1]، فله ردُّ الوقف في نصف نصيبها، وهو سدُسُ الدار، والباقي بينهما أثلاثاً ملكاً، وتقع القسمة من ستة؛ لأنَّا نحتاج إِلَىٰ عدد لثلثه نصْف، فيكونُ نصف الدار وقفاً ونصفها ملكاً أثلاثاً وعلَىٰ قياس الشَّيْخ: لا يُرَدُّ الوقف إلا في تَتِمَّة نصيبه، وهو الثلث ولها الخيارُ في السدس. والله أعْلَم.

ولفظ ابن الحدَّاد في «المولدات» في هذا الباب يُمْكِنُ تنزيلُه علَىٰ ما ذكره الشيْخُ؛ فيرتفع الخلافُ، لكنه يُحْوِج إِلَىٰ ضرب تعسُّفٍ.

فرْعٌ: الوصيَّة للميت باطلة، سواءٌ علم الموصِي بموته[2] أو لم يَعْلَم؛ لأن الوصيَّة تمليك، ولا يمكن تمليك الميت.

وقال مالك ـ رحمه الله ـ إن عَلِمَ موته، صحَّت الوصية، وكان الموصَىٰ به من تركَتِهِ، وفي لفظ الكتاب في أوَّل الركْنِ الثانِي حيث قال: «وهو كُلُّ من يُتصوَّر له المِلْك» ما ينبه على هذا الفرع.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرُّكْنُ الثَّالِثُ فِي المُوصَىٰ بِهِ وَتَصِحُّ الوَصِيَّةُ بِكُلِّ مَقْصُودٍ يَقْبَلُ النَّقْلَ بِشَرْطِ أَلاَّ يَزِيدَ عَلَى الثُّلُثِ، وَلاَ يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مَوْجُوداً أَوْ عَيناً إِذْ يَصِحُّ بالحَمْلِ، وَثَمَرَةِ البُسْتَانِ وَالمَنْفَعَةِ، وَلاَ كَوْنُهُ مَعْلُوماً وَمَقْدُوراً عَلَيهِ إِذْ يَصِحُّ بِالحَمْلِ وَالمَغْصُوبِ

---

(١) في ز: نصفه.

(٢) قال الماوردي: ولو أوصى لحي وميت فللحي النصف وينبغي أن يجري فيه الوجهان في الوصية لمن يملك ولمن لا يملك.
وما جزم به الماوردي قريب مما إذا أوصى بالثلث لأجنبي ووارث وقلنا الوصية للوارث باطلة أورَدَّها بقية الورثة ففي وجوه تبطل في حق الأجنبي أيضاً أخذاً من تفريق الصفقة، والأصح صحتها، ويعطى السدس ولم يقل أحد من الأصحاب بأنه يعطي الثلث كما قاله أبو حنيفة.

وَالمَجَاهِيلِ، وَلاَ كَوْنُهُ مُعَيَّناً (و) إِذْ تَصِحُّ بِأَحَدِ العَبْدَيْنِ وَإِنْ لَمْ يَصِحَّ لِأَحَدِ الشَّخْصَيْنِ عَلَى الأَظْهَرِ فَرْقاً بَيْنَ المُوصَىٰ لَهُ وَالمُوصَىٰ بِهِ، وَلاَ كَوْنُهُ مَالاً إِذْ يَصِحُّ بِالكَلْبِ المُنْتَفَعِ بِهِ وَجِلْدِ المَيْتَةِ وَالزِّبْلِ وَالخَمْرَةِ المُحْتَرَمَةِ وَكُلِّ مَا يَنْتَقِلُ إِلَى الوَارِثِ، إِلاَّ القَصَاصَ وَحَدَّ القَذْفِ فَإِنَّهُ لاَ أَرَبَ فِيهِ لِلمُوصَىٰ لَهُ بِخِلاَفِ الوَارِثِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: نوردُ فقهَ مسائل الفَصْل، ثم نعودُ إِلَىٰ ما يتعلَّق بالضَّبْطِ.

فِمَنَ المسائل الوصيَّةُ بالحمل، وهِيَ إما أن يكون بالحَمْل الموجودِ في الحال، أو بالحَمْل الذي سيحدث، فإن كانت[1] بالحمل الموجود في الحال، فإنْ أطلق، قال: أوصَيْتُ بحَمْلِ فلانةٍ، أو قيَّد؛ فقال: بحَمْلِها الموجُودِ في الحال؛ فهي جائزةٌ، كما يجوز إعتاقُ الحمل، ثم الشرط، أن ينفصل لوَقْتٍ يعلم وجودَهُ عند الوصية، وأن ينفصل حياً علَىٰ ما سبق في الوصية للحَمْل.

نعم، لو انفصل ميِّتاً مضموناً بجنايةِ جانٍ، فقد ذُكِرَ أن الوصيَّة لا تَبْطُلُ، وتَنْفُذُ مِنَ الضَّمَان؛ لأنه انفصل متقوِّماً، بخلاف ما إذا أوصَىٰ لحمل، وانفصل ميِّتاً بجناية جانٍ، حيث تَبْطُل الوصيةُ علَىٰ ما سبق؛ لأن المعتبر هناك المالكية[2]، وهل يصح قبول الموصَىٰ له قبل الوَضْع؟ فيه خلافٌ مبنيٌّ علَىٰ أن الحملِ، هل يُعْرَفُ؟ وإن كانت الوصية بالحمل الَّذِي سيكُونُ، فوجهان:

أحدهما: ويُحْكَىٰ عن أبي حنيفة: أنها باطلةٌ؛ بناءً على أن الاعتبار بحال الوصيَّة، ولا ملك يومئذ، بل لا وجود، والتصرُّف يستدْعِي مُتصرَّفاً فيه.

وأصحهما: الصحَّة، كما تصحُّ الوصية بالمنافع؛ وهذا لأن الوصيَّةَ إنَّما جوزت؛ وفقاً بالناس، وكذلك احْتُمِلَ فيها وجُود الغرر، فكما تَصحُّ بالمجهول، تصح بالمعْدُوم.

ومنْها: الوصيةُ بثمار البُسْتَان الحاصلةِ في الحَال، صحيحةٌ، وبالتي ستحدث طريقان:

أظهرهما: أنها علَى الوجْهَيْن في الحَمْل الذي سيحْدُث. **والثاني**: القطْعُ بالصحة، كالوصية بالمنافع؛ لأنها تحْدُث من غَيْر إحداثِ أمْرٍ في أصْلِهَا، والولد لا يحْدُثُ إلا بإحداث أمر في أصله، ولهذا تجوز المساقاةُ على الثمار التي ستحْدُث، ولا تجوزُ المعاملةُ على النتاج الذي سيحْدُث والوصيةُ بصُوف الشاة ولبنها، كالوصيةِ بالثمار. ومنْها: الوصية بمنافع الدار، والعبد، صحيحةٌ؛ لأن المنافع أموالٌ مقابلة بالعوض، فأشبهت الأعيان، وتصحُّ الوصية بها مؤبدة، ومؤقَّتة، والإطلاق يقتضي

---

(١) في ز: كان.

(٢) في ب: المالية.

التأبيد. ومنها: الوصيةُ بما لا قدْرَةَ عَلَىٰ تسليمه، كالمغصوب، والآبِقِ، والطَّيْرِ المنفلِتِ، صحيحةٌ، وكذا الوصية بالمجهول، مثل أن يقول: أعطوه ثوباً، أو عبداً؛ لأن الله تعالَىٰ أعطانا ثُلُث أمْوَالِنَا في آخر أعمارنا، وقد يشبه علينا قدْرُ الثلث، إمَّا لكثرة المال، أو غيبته، فدعت الحاجة إلى تجويز الوصيَّة بالمجهول.

ومنها: لو أوصَىٰ بأحد العبْدَيْنِ، صحَّت الوصية؛ لأنَّها محتملةٌ للجهالة، فلا يقدح الإبهام، ولو أوصَىٰ لأحد الشخصين، فأحد الوجهين أن الجواب كذلك.

وأظهرهما: المنعُ كما في سائر التمليكات، وقد يُحْتَمَلُ في الموصَىٰ به ما لا يُحْتَمَلُ في الموصَىٰ له، ولذلك كان الأظهرُ في الوصية بحَمْلٍ كُوِّنَ[1] الجواز، وفي الوصية بحمل سيكون المنع؛ لأنَّ الإبهام في الموصَىٰ له، إنما يُمْنَعُ إذا قال: أوصيتُ لأحدِ الرجلين، أما إذا قال: أعْطُوا هذا العبدَ أحدَ الرجلين، ففي «المهذب» و«التهذيب» وغيرهما: أنه جائز؛ تشبيهاً بما إذا قال لوكيله: بعْهُ من أحد الرجلين، وإذا أبْهَمَ الموصَىٰ به، عيَّنه الوارث وإن أبْهَمَ الموصَىٰ له، وجوَّزناه، فحكمه مذكورٌ في الكتاب من بعد. ومنها: الوصيةُ بما يحلُّ الانتفاع به من النجاسات، كالكلب المُعلَّم والزيت النَّجِس، والزِّبْلِ، وجِلْدِ الميتة، والخَمْر المحترمة صحيحة لثبوت الاختصاص فيها، وانتقالها من يَدٍ إِلَىٰ يدٍ بالإرث، وغيره، قال في «التتمة»: ومن هذا القبيل شَحْمُ الميتة، لدهن السفن، ولحمُها إذا جوزنا الانتفاع به؛ وفي الجرو الذي يقع الانتفاع به وجهان؛ بناءً على أنه، هلْ يجُوز إمْسَاكُه، وترتيبُه، لما يتوقع في المُسْتَقْبَلِ.

والأظهر الجواز وأمَّا ما لا يحل اقتناؤه، والانتفاعُ به؛ كالخَمْرُ، والخِنْزير والكلب العَقُور فلا يجوز الوصيَّة[2] به، ونقل الحناطيُّ وجهاً أنه يجوز الوصيَّة بالكَلْب الذي لا

---

(١) في ز: سيكون.

(٢) قال في الخادم: فيه أمران:

أحدهما: ما ذكره من التفصيل في الخمر هي طريقة المراوزة بناء على رأيهم في جواز إمساكها، لكن العراقيين أطلقوا القول بأن الوصية بالخمر باطلة، وأوجبوا إراقتها مطلقاً وهو ظاهر النص، ومخرج من كلام الدارمي وجه بالصحة مطلقاً، وهو بعيد.

الثاني: ما حكاه عن التتمة يقتضي أن في المسألتين خلافاً فأما الأولى وهي الانتفاع بلحم الميتة في إطعام الجوارح فقال ابن الرفعة: كلام الغزالي في البيع والماوردي وابن الصباغ هنا، وغيرهم تنازع فيه.

قلت: الذي اقتضاه كلام التتمة صحيح، وفي الكافي أنه لا يصح بالميتة ويشهد له قول النبي ﷺ «لا تنتفعوا من الميتة بشيء». وقال في الوافي: هنا في جواز اقتنائها لإطعام الجوارح وجهان، والظاهر أن هذا الخلاف مراد المتولي، ويشبه تنزيل الخلاف على تفصيل ابن القطان في فروعه فقال: إذا أوصى له بميتة، وما أشبه ذلك فإن كان له فيه غرض مثل أن يطعمه جوارحه، أو شجر فيه شوك صحت الوصية، وإن كان لا منفعة له فيه فالوصية باطلة.

يجُوز اقتناؤه أيضاً، وقولاً: أنه لا يجوز الوصيَّةُ بالمقتَنى المنتفع به من الكِلاَب، كما لا تجوز هبته علَىٰ رأي، وهما غريبان. وتصحُّ الوصية بنُجُوم الكتابة؛ وإن لم تكنْ مستقرَّةً، فإنْ عجز، فلا شَيْء للموصَىٰ له، وتصحُّ برقبة المكاتَب، إن جوَّزنا بيعه، وإلا، فقد قال في «التتمة»: هي كما لو أوصَىٰ بمال الغير، فإذا أوصى بمال الغير؛ فقال: أوصيتُ بهذا العبد، وهو ملك لغيره أو بهذا العَبْد، إن ملكته، فوجهان:

أحدهما: أنها صحيحةٌ، لأنَّ الوصيَّةَ بغير الموجُود جائزةٌ، فغير المملوك أَوْلَىٰ.

والثاني: المنعُ، لأنَّ مالكهُ يتمكن من التصرُّف بالوصية، والشيء الواحدُ لا يجُوزُ أن يكون محلاً لِتصرُّف شخْصَيْنِ، وبهذا أجاب صاحبُ الكتابِ في «الوسيط»[1].

والوصيَّة بالأصنام، والسلاح للذميّ، والحربيّ، وبالعبْدِ المُسْلِم، والمَصَاحِفِ للكافر، بمثابة بَيْعها[2]، هذه مسائل الفَضْل وما يتعلَّق بها.

وأما ضبط الموصَىٰ به، فصاحب الكتاب ـ رحمه الله ـ اعتبر فيه ثلاث أُمور:

أحدها: **أن يكون** مقصوداً، فَيَخْرُج عنه ما لا يُقْصَدُ[3]، ويلتحقُ به ما يَحْرُم اقتناؤه، والانتفاع به، والمنفعة المحرمة كالمعْدُومة.

والثاني: أن تقبل النقل من شخص إلى شخص، فما لا يمكن نقلُه لا تصحُّ الوصية به، ويخرج بهذا القيد القصاصُ، وحدُّ القذف[4]؛ فإنهما إنِ انتقلا بالإرْث، لا يتمكن مستحقهما من نقلهما إلَىٰ غيره، فلا جرم، لا تجوز الوصيةُ بهما؛ والسبب أن القِصَاص، وحدَّ القذف شُرِعَا للمنتقم المستشْفِي باستيفائهما، وليس الموصَىٰ له في ذلك كالوارث. وكذلك لا تجوز الوصيَّة بالحقوق التابعة للأموال، كالخيار، وحقِّ الشُّفعة، إنْ لم تبْطُلْ بالتأخير لتأجيل الثمن.

والثالث: ألاَّ يزيد على الثُّلُثِ، على ما سيأتي.

---

(١) قال النووي: الأول أفقه وأجرى على قواعد الباب.

(٢) وقضيته طرد الخلاف هنا، وبه صرح في كتاب البيع وقال: قال المتولي: هذا إذا قلنا يملك القبول، فإن قلنا: بالموت، صح بلا خلاف كالإرث وكلام صاحب الوافي هنا يقتضي القطع بالمنع فإنه قال: وفي بيع السلاح للحربي ممن لا يعلم أنه يقاتل به المسلمين وجهان، والفرق أن البيع ليس بقربة، فيصح وإن لم يكن حسبه بخلاف الوصية، وهذا الذي قاله حسن. قاله في الخادم.

(٣) قال في الخادم: الصواب عدم اعتبار القصد فإنه يجوز هبة التافه كحبتي الحنطة ونحوهما، والوصية أوسع من الهبة، ولهذا صحت بالمجهول والنجاسات.

(٤) قال في الخادم، ما قاله في حد القذف صحيح، وأما القصاص فيجب تقييده بما إذا أوصى به لغير من هو عليه، وأما لمن هو عليه، فلا شك في الجواز كما صرحوا به في باب العفو عن القصاص، وأخذه من كلام شيخه البلقيني.

ونزيد أمراً رابعاً وهو اختصاصه بالموصِي، إذا قلْنا: لا تجوزُ الوصية بمال الغير.

وقوله: «ولا يُشْتَرَطُ كونُه موجوداً، أو عيناً إذ تَصحُّ بالحمل، وثمرة البستان» أراد به الحمل الذي سيُوجَد، والثمرة التي ستَحْدُث، وأجاب فيهما بالأظهر، ويجوز أن يُعْلَمَ بالواو؛ لما فيهما من الخلافِ، وشرط في «الوسيط» أن يكون الموصَىٰ به موجوداً، وذلك إمَّا أن يحمل علَىٰ ما إذا اقتضى اللفظ الوجودَ عند الوصية، كما إذا قال: أوصيتُ لك بحَمْلِ فلانةٍ، ولم يصرِّحْ بالحمل المستقبل، أو يُقَال: إنه جوابٌ على أنه لا تصحُّ الوصية بالحَمْل الذي سيُوجَدُ على خلاف الجواب ها هُنَا.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **وَلَوْ أَوْصَىٰ بِكَلْبٍ وَلاَ كَلْبَ لَهُ لَمْ يَصِحَّ لِأَنَّ شِراءَهُ مُتَعَذِّرٌ، وَإِنْ كَانَ كِلاَبٌ لَهُ لاَ مَالَ لَهُ سِوَاهَا فَوَجْهُ اَعْتِبَارِهِ مِنَ الثُّلُثِ تَقْدِيرُ القِيمَةِ (و) لَهَا، وَقِيلَ: يُعْتَبَرُ بِعَدَدِ الرُّؤُوسِ، وَقِيلَ: يُقَدَّرُ بِتَقْوِيمِ المَنْفَعَةِ، وَكِلاَ الوَجْهَيْنِ مُتَعَذِّرٌ فِيمَنْ لاَ يَمْلِكُ إلاَّ كَلْباً وَطَبْلَ لَهْوٍ وَزِقَّ خَمْرٍ وَأَوْصَىٰ بِوَاحِدٍ مِنْها، فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ سِوَاهُ نَفَذَ وَإِنْ قَلَّ المَالُ لِأَنَّهُ خَيْرٌ مِنْ ضِعْفِ الكَلْبِ الَّذِي لاَ قِيمَةَ لَهُ، وَقِيلَ: يُقَدَّرُ كَأَنَّهُ لاَ مَالَ لَهُ وَيُرَدُّ إِلَىٰ ثُلُثِ الْكِلاَبِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في الفصْلِ فرعان متعلِّقان بالوصيَّة بالكلب:

أحدهما: إذا قال: أعطوه كلباً من كِلابي؛ وله كلابٌ يحل الانتفاع بها من كلْبِ صيدٍ، وزرعٍ، وماشيةٍ، أُعْطِيَ واحداً منها[1].

ولو قال: كلباً من مالي، فكذلك، وإن لم يكن الكلب مالاً؛ لأن المنتفع به من

---

(١) قال في الخادم: فيه أمران:

أحدهما: أطلق الإعطاء وشرطه أن يكون الموصى له ممن يحل له الانتفاع به، بأن يكون صاحب صيد أو حرث أو ماشية، فإن لم يكن صاحب واحد منها ففي صحة الوصية وجهان في الحاوي لعلهما الوجهان في جواز اقتنائه لمن ليس له صيد ولا حرث ولا ماشية فإنه حكى وجهين، وقال النووي في شرح المهذب هناك: ظاهر كلام الجمهور القطع بالتحريم، وإن ابن الصباغ حكى فيه وجهين والأقرب المنع.

الثاني: قضيته تخيير الوارث مطلقاً، وينبغي تقييده بما إذا كان الموصى له اجتمعت فيه الأسباب بأن كان صاحب صيد وحرث وماشية، فإن لم يكن كذلك بل كان ممن ينتفع بأحدها لزم الوارث إعطاءه ما ينتفع به دون غيره. جزم به الدارمي في الاستذكار، وحكى الماوردي في المسألة وجهان من غير ترجيح، ورجح بعض المتأخرين عدم التعيين، فإن اللفظ عام، وليس في لفظ الموصي ما يقدر حتى التخصيص والراجع ما قاله الدارمي، وحاصِل الوجهين أنا هل نعتبر منفعة الكلب أو منفعة الموصى له.

الكلابِ مما يقتني وتعتوره الأيدي كالأموال، فقد يُسْتَعَار له اْسْم المال.

ولو قال: أعطوه كلباً من كلابي، أو من مالي، ولَيْس له كلْبٌ يُنْتَفَعُ به، بطَلَتِ الوصيَّة، بخلاف ما إذا قال: أعطُوه عبداً من مالي، حيث يُشْتَرَى العبدُ، والكَلْب يتعذر شراؤه[١]. ويمكن أن يُقَال: لو تبرَّع متبرِّع، وأراد تنفيذ وصيته من عنده، يجوز كما لو تبرَّع بقضاء دينه.

والثاني: من لا مال له، وله كلْبٌ، فأوصى به، لم تَنْفُذِ الوصية، إلاَّ في الثلث؛ لأنه شيء منتفع به؛ فلم يكن له تفويتُ جميعه على الورثة كالأموال وإن أوصَىٰ ببعضه، أو كان له كلابٌ، فأوصَىٰ ببعضها، ففي «أمالي» أبي الفرج الزاز وجْهٌ: أنه لا يُعْتَبَرُ خروجُ الموصَىٰ به من الثلث؛ لأنها غير متقومة، ويكفي أن يَتْرُكَ شيئاً للورثة، وإن قلَّ والمشهور اعتباره كما في الأموال، وعلى هذا؛ فإن لم يكن إلاَّ كلْبٌ واحدٌ، لم يخْفَ اعتبار الثلث منه. وإن كان له كلاب، ففي كيفيته وجوه:

أحدها: وبه قال صاحب «التلخيص»: أنه يُنظر إلى قيمتها بتقدير المالية فيها، كما يُقدَّر الرِّقُّ في الحُرِّ عند الحاجة، وتنفذ الوصيَّة في الثلث بالقيمة.

والثاني: أنه يُنْظَرُ إلى عدد الرؤوس وتنفذ الوصيةُ من ثلاثة[٢] في واحد، وكلام الناقلين يشعر بترجيح هذا الوجْه، ومنهم من لا يَذْكُر غيره.

والثالث: أنه تُقوَّم منافعها؛ لأنه لا مالية للدوابِّ، ويؤخذ الثلث من قيمة المنافع، ومن لم يملك إلاَّ كلباً، وطَبْلَ لَهْو، وزقَّ خَمْرٍ محترمة، فأوصَىٰ بواحد منها، وأردْنا اعتبار الثلث، لم يجز الوجه الثاني، ولا الثالثُ[٣]؛ لأنه لا تناسب بين الرؤوس، ولا بين المنافع؛ فتعيَّن اعتبار القيمة. فهذا إذا لم يكن للموصِي بالكلْب مالٌ، أما إذا كان له

---

(١) قال النووي: هذا هو الصحيح المعروف. وفي وجه حكاه الجرجاني في «المعاياة» وغيره: أنه تصح الوصية ويعطى قيمة مثل الكلب من الجوارح الظاهرة، وهذا ليس بشيء.

(٢) في ز: في ثلثه.

(٣) ما قاله من عدم مجيء الخلاف ممنوع، فإن الغزالي في البسيط فرض المسألة تبعاً للإمام فيما إذا كان له كلاب وأزقة خمر وأهب غير مدبوغة ولا شيء له غير ذلك لما وصى له ببعضها قال: إنه يعتبر القيمة إذ لا تتجانس منافعها، ولا تتناسب أعدادها. ومن أصحابنا من طرد النظر إلى العدد. قال الإمام، وهو بعيد، وما ذكره الإمام من الوجه يقرب به من وجه يشعر به في نكاح المشركات فيما إذا أصدق الكافر زوجته ثلاثة كلاب وزقي خمر وخنزيراً وقبضت بعض ذلك في الشرك، أنا ننظر على وجه إلى العدد وعلى وجه إلى القيمة، وعلى وجه إلى الجنس، والوجهان الأولان قد جرى مثلهما فيما نحن فيه فيظهر من الثالث فيه أيضاً، ويكون الحكم في المثال المذكور كما إذا نظرنا إلى العدد.

مال، وكلاب، فأوصَىٰ بجميعها، أو بعضها، ففيه وجهانِ مذكُوران في الكتاب. ووجه ثالث:

أظهرهما: نفوذُ الوصية، وإن كثرت وقلَّ المال؛ لأن المعتبر أن يبقَىٰ للورثة ضِعْفُ الموصَىٰ به، والمالُ، وإن قلَّ خيرٌ من ضِعْف الكلب الذي لا قيمة له، ويُحْكَىٰ هذا عن أبي علي بن أبي هريرةَ والطَّبَرِيِّ والشيخ.

والثاني: وبه قال الإِصطخريُّ: أن الكلاب ليست من جنس الأموال، فيقدَّر كأنه لا مال له، وتَنْفُذ الوصيَّةُ في ثلث الكلاب، على ما مر وهذا كما أن الوصية بالمال، والصورة هذه، تُعْتَبَرُ من ثلث المال، وتقدر كأنه لا كلاب له.

والثالث: أنه تُقوَّم الكلاب، أو منافِعُها على اختلاف الوجهَيْن السابقَيْن، ويُضَمُّ إلى ماله من المال، وتَنْفُذُ الوصيةُ في ثلث الكُلّ لمن له أعيان، ومنافع أوصَىٰ له بها، فإن ثلثه يُعْتَبَرُ من الأعيان والمنافع جميعاً.

ولو أوصَىٰ بثلث ماله لرجل، وبالكلابِ لآخَرَ؛ فعلَىٰ قول الإصطخريِّ يُعْتَبَرُ ثلث الكلاب وحْدها، وأما على الوجه الأول، فعن القاضي أبي الطيب: أنه تنفُذُ الوصيَّة بجميع الكلاب؛ لأن ثلثي المال الذي يبقَىٰ للورثة خيْرٌ من ضعف الكلاب، واستبعده ابن الصباغ؛ لأن ما يأخذه الورثة من الثلثَيْنِ هو حصَّتُهم بحسب ما نفَذَتِ الوصية فيه، وهو الثلث، فلا يجوز أن يُحْسَبَ عليه مرَّة أخرى [كما][1] في الوصية بالكلاب، فعلَىٰ هذا يلتقي[2] الوجهان، وقياسُ الوجه الثالث، أن تُضَمَّ قيمة الكلاب، أو منافِعِهَا إلى المال، ويَدْخُلُ المالُ في حساب الوصيَّة بالكلاب، [وإن لم تدخل الكلابُ في حساب الوصيَّة بالمال.

وقوله في الكتاب][3] ولا مال له سواها، وكذا «فإن كان له مال سواها» فيه تساهل؛ لأنها ليست بمال؛ حتى يُستثنى، والحمل فيه على مثل ما ذكرنا في قول المُوصِي بكَلْبٍ من مالي.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **وَإِذَا أَوْصَىٰ بِطَبْلِ لَهْوٍ فَسَدَتْ إِلاَّ إِذَا قَبِلَ الإِصْلاَحَ لِحَرْبٍ مَعَ بَقَاءِ اَسْمِ الطَّبْلِ، وَإِنْ كَانَ رُضَاضُهُ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ عُودٍ فَيَكُونُ هُوَ المَقْصُودَ فَيُنَزَّلُ عَلَيْهِ (و) فَكَأَنَّهُ أَوْصَىٰ بِرُضَاضِهِ.**

---

(١) سقط في: ز.

(٢) قال النووي: قول ابن الصباغ أصح، والله أعلم.

(٣) سقط في: ز.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: اسم الطبل يقع على طَبْلِ الحرب، الذي يُضْرَبُ للتهويل، وعلَىٰ طبل الحجيج والقوافل، الذي يضرب لإعلام النزول، والارتحال، وعلى طبل العطَّارِين، وهو سَفَط[1] لهم، وعلى طبل اللَّهو، وقد فُسِّر بالكوبة التي يضرب بها المخنَّثُون، وسطُها ضيِّقٌ، وطرفاها واسعان، وهي من الملاهي، ولعل التمثيل بها أولَىٰ من التفسير.

فإنْ أطلق الوصيَّةَ بالطبل، فقد ذكره في الباب الثاني، وإن عيَّنَ ما سِوَى طبل اللهو، صحَّ؛ وإن عين طبل اللهو، نُظِرَ؛ إن صَلُحَ للحرب أو للحجيج، أو منفعة مباحة، إما على الهيئة التي هو عليها، أو بعد التغيير الذي يَبْقَىٰ معه اسم الطبل، فالوصية صحيحةٌ أيضاً، وإلاَّ، فهي غير صحيحة، ولا نَظَر إلى المنافع المتوقعة بعد زوال اسم الطبل؛ لأنه إنما أوصى بالطبل، هذا ما أورده عامة الأصحَابِ في المسألة وذكر الإمام، وصاحب الكتاب؛ أنه إذا لم يصلُحْ لغرض مباحٍ مع بقاء اسم الطَّبْل، وكان لا يَنتَفعُ إلا برضَاضِهِ لم تصحَّ الوصية؛ لأنه لا يقصد منهُ الرضاضُ، إلاَّ إذا كان من شيْءٍ نفيس كذهب، أو عُودٍ، فتنزل الوصيةُ عليه، وكأنه أوصَىٰ برضاضه، إذا كسر، والوصيَّة قابلة للتعليق.

واعلم أن في بيع الملاهِي التي يُعَدُّ رضاضها مالاً ثلاثةَ أوجُهٍ، بيناها في «كتاب البيع».

ثالثُها: الفرق بين أن تكون متَّخَذَةً من جوهر نفيس، أو من غيره، فإن اكتفينا بمالية الرُّضَاض لصحَّةِ البيع في الحال، فكذلك في الوصيَّة. إذ هي أولَىٰ بالصحة، وإلاَّ فكذلك في الوصيَّة، [فإنَّ][2] ما ذكره عامة الأصحاب [مع ما ذكراه وجهان في المسألة وكما أطلق عامة الأصحاب][3] المنع في البيع فكذلك منعوا الوصية، والإمام، وصاحب الكتاب اختارا صحة البَيْع، إذا كانت مُتَّخَذَةً من جواهِرَ نفيسةٍ، وبمثله أجابا في الوصيَّة.

وليعلم لذلك قولُه: «فينزل عليه» والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَيُشْتَرَطُ أَلاَّ يَكُونَ الْمُوصَىٰ بِهِ زَائِداً عَلَىٰ ثُلُثِ الْمَالِ الْمَوْجُودِ عِنْدَ الْمَوْتِ لِقَوْلِهِ ﷺ لِسَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ «والثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ»، وَكُلُّ تَبَرُّعٍ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ فَهُوَ مَحْسُوبٌ مِنَ الثُّلُثِ وَإِنْ كَانَ مُنَجَّزاً، وَكَذَا إِذَا وَهَبَ فِي الصِّحَّةِ ثُمَّ أَقْبَضَ فِي الْمَرَضِ.

---

(١) هو بفتح السين المهملة والفاء واحد الإسفاط أصله وعاء يعبأ فيه الطيب ونحوه ثم يستعاد للصندوق الصغير.

(٢) في ز: فإذا.

(٣) سقط في: ز.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد سبق أن الموصَىٰ به لا ينبغي أن يزيدَ عَلَىٰ ثلث المال؛ لحديث سَعْدٍ ـ رضي الله عنه ـ بل الأحسن أن ينقص من الثلث؛ لقوله ﷺ «والثُّلُثُ كَثِيرٌ»[١] وعن عليٍّ ـ كرم الله وجهه ـ أنه قال: «لأنْ أُوصِيَ بالخُمُسِ أَحَبُّ إِلَيّ من أن أُوصيَ بِالرُّبُعِ، وَلأَنْ أُوصِيَ بِالرُّبُعِ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ أُوصِيَ بِالثُّلُثِ»[٢] فمن أوصى بالثلث لم يترك وقيل إن كان ورثته أغنياء استوفى الثلث[٣] وإلا نقص، وبأي يوم يُعتَبَرُ المال؟ فيه وجهان:

أحدهما: بيوم الوصية، كما لو نذر التصدق بثلثِ ماله، ينظر إلى يوم النذر.

وأصحُهما: وهو المذكور في الكتاب أن الاعتبار بيَوْم الموت؛ لأن الوصيةِ تمليكٌ بعد الموت، وحينئذ يلزم، فعلَىٰ هذا؛ لو زاد ماله بعد الوصيةُ تعلَّقت الوصيةُ به [وكذا لو هلك ثم كسب مالاً تعلقت به ولو أوصى بعشرة ولا مال له ثم استفاد مالاً تعلقت الوصية به][٤] وعلَىٰ الأول كلُّ ذلك بخلافه. ومنْهم مَنْ جعل الاعتبارَ في القَدْر بيوم المَوْت جزماً، وخصَّص الخلاف بما إذا لم يملك شيئاً أصلاً، ثم ملكه[٥].

ثم الثلثُ الذي تُنَفَّذُ فيه الوصيةُ هو الثلثُ الفاضل عن الدُّيون، والديونُ مقدَّمةٌ على الوصايا؛ لما رُوِيَ عن عليٍّ ـ كرم الله وجهه ـ أنه قضَىٰ بالدَّيْنِ قَبْلَ التَّرِكَةِ[٦]، وأيْضاً فالدُّيُون مقدَّمة على حق الورثة، فأولَىٰ أن تقدم على حقِّ الموصَىٰ له؛ لأنه أضعف.

فلو كان عليه دَيْنٌ مستغرِقٌ، لم تنفذ الوصيةُ في شيء، نعم، يُحْكَمُ بأنعقادِهَا في الأصْل حتَّى ينفذها، لو تبرَّع متبرِّعٌ بقضاء الدَّين، أو أبرأ[٧] المستحِقّ.

---

(١) تقدم.

(٢) رواه البيهقي من حديث الحارث عن علي بالجملة الثانية، وزاد: فمن أوصى بالثلث فلم يترك، والحارث ضعيف، وروي أيضاً عن ابن عباس أنه قال: الذي يوصي بالخمس أفضل من الذي يوصي بالربع ـ الحديث ـ. قاله الحافظ في التلخيص.

(٣) هذا الوجه الذي ضعفه هو الصواب، وقد نص عليه الشافعي في الأم في باب الوصية بالثلث فقال فإذا تركهم أغنياء اخترت له أن يستوعب الثلث، وإذا لم يدعهم أغنياء كرهت له أن يستوعب الثلث انتهى.
وحكاه عنه ابن المنذر في الإشراف والبيهقي في المعرفة.

(٤) سقط في: ز.

(٥) وهذا الذي حكاه ثالثاً رواية الإمام الشيخ أبي علي عن الأصحاب.

(٦) رواه أحمد وأصحاب السنن من حديث الحارث عنه، وعلقه البخاري ولفظهم: قبل الوصية، والحارث وإن كان ضعيفاً فإن الإجماع منعقد على وفق ما روى.

(٧) وهذا جزم به في التتمة ويقتضي كلامهم أنه لو رضي الغريم بتقديم الوصية وبقاء الدين في ذمته أنه لا يقدم نظراً للميت، وفيه نظر.

وقوله في الكتاب «ويُشْتَرَطُ ألاَّ يكون الموصَىٰ به زائداً على ثُلُث المال» أي يشترط هذا في لزوم الوَصيَّة، وأما أصل الصحَّة فيبنى على أن إجازة الورثة ابتداءُ وعطية منهم، أو تنفيذٌ، وقد مرَّ.

وكما أن التبرُّعات المعلَّقة بالمَوْت، وهي الوصَايَا، معتبرةٌ من الثلث، سواء أوصَىٰ به في الصحَّة، أو في المَرَض؛ فكذلك التبرُّعات المُنَجَّزَة في مرض الموت، تُعْتَبَرُ من الثلث، وفي قوله ﷺ «إنَّ اللَّهَ أعْطَاكُمْ ثُلُثَ أَمْوَالِكُمْ فِي آخِرِ أَعْمَارِكُمْ»[1] ما يشعر به، وإذا وهب في الصحَّة، ثمَّ أقبض في المَرَض، كان كما لو وهب في المرض؛ لأن تمام الهبة بالقبض، وحديث أبي بكر وعائشة ـ رضي الله عنهما ـ فيه مشهورٌ[2].

إذا عُرِفَ ذلك، فهذه [القاعدة][3] يحتاج فيها إلى معرفة ثلاثةِ فُصُول: أن المرض المَخُوف، ماذا؟ وأن التبرُّعاتِ، والتصرُّفاتِ المحْسُوبَة من الثلث، ما هي؟ وأنها كيف تُحْسَبُ منه، إذا تكرَّرت وتعدَّدت؟ وصاحبُ الكتاب أوْرَدَ هذه الفصُولَ في معرض الأسْئلة والأجْوبَةِ، [والله أعلم].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (فَإِنْ قِيلَ): وَمَا المَرَضُ المُخَوفُ؟ (قُلْنَا): كُلُّ ما يَسْتَعِدُّ (ح) الإِنْسَانُ بِسَبَبِهِ لِمَا بَعْدَ المَوْتِ كَالقُولَنْجِ، وَذَاتِ الجَنْبِ، وَالرِّعَافِ الدَّائِمِ، وَالإِسْهَالِ المُتَواتِرِ مَعَ قِيَامِ الدَّمِ، وَالسُّلِّ فِي انْتِهَائِهِ (و)، وَالفَالَجِ فِي ابْتِدَائِهِ، وَالحُمَّى المُطْبِقَةِ، أَمَّا ابْتِدَاءُ السُّلِّ وَآخِرُ الفَالَجِ وَالجَرَبُ وَوَجَعُ الضِّرْسِ وَحُمَّىٰ يَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ فَلَيْسَ بِمُخَوفٍ، وَمَهمَا أَشْكَلَ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ حُكِمَ فِيهِ بِقَوْلِ مُسْلِمَيْنِ طَبِيبَيْنِ عَدْلَيْنِ حُرَّيْنِ، وَإِذَا ثَبَتَ كَوْنُهُ مَخُوفاً حَجَرْنَا عَلَيْهِ فِي التَّبَرُّعَاتِ فِي الزِّيَادَةِ عَلَى الثُّلُثِ، وَإِنْ سَلِمَ تَبَيَّنَّا الصِّحَّةَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَخُوفاً لَمْ نَحْجُرْ، فَإِنْ مَاتَ مَوْتاً قِيلَ إِنَّهُ مِنْ ذَلِكَ المَرَضِ وَكُنَّا لاَ نَظُنُّهُ مَخُوفاً تَبَيَّنَ البُطْلاَنُ، فَإِنْ حُمِلَ عَلَى الفَجْأَةِ فَلاَ، وَمَهمَا الْتَحَمَتِ الفِرْقَتَانِ فِي القِتَالِ، أَوْ تَمَوَّجَ البَحْرُ، أَوْ وَقَعَ فِي أَسْرِ كُفَّارٍ عَادَتُهُمُ القَتْلُ، أَوْ قُدِّمَ لِلْقَتْلِ فِي الزِّنَا، أَوْ ظَهَرَ الطَّاعُونُ فِي البَلَدِ وَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِبَدَنِهِ فَفِي هَذِهِ الأَحْوَالِ وَالْتِحَاقِهَا بِالمَرَضِ المَخُوفِ قَوْلاَنِ (و)، وَإِنْ قُدِّمَ لِلْقِصَاصِ فَالنَّصُّ أَنَّهُ قَبْلَ الجَرْحِ غَيْرُ مَخُوفٍ، وَقِيلَ: هُوَ كَالأَسِيرِ، وَالحَامِلُ قَبْلَ أَنْ يَضْرِبَهَا الطَّلْقُ لَيسَ بِمَخُوفٍ، فَإِذَا ضَرَبَهَا فَهُوَ مَخُوفٌ، وَقِيلَ: إِنَّ السَّلاَمَةَ مِنْهُ أَغْلَبُ فَلَيْسَ بِمَخُوفٍ.

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم في الهبة.

(٣) في ز: قاعدة.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ الفَصْلِ بَيَانُ المَرَضِ[١] المَخُوفِ، والأَحْوَالِ التي هِيَ في معناه، وبيان الطريق إلَىٰ معرفته عند الإشكال، وبيان ما يحكم به للمخوف، وغير المخوف، فهذه ثلاثة أمور:

أما الأول: فما بالإنسان من مرض وعلَّة. إما أن ينتهيَ إلَىٰ حالةٍ يُقْطَعُ فِيها بِمَوْتِهِ منه عاجلاً؛ وذلك بأن يشْخَصَ بَصَرَهُ عند النَّزْع، وتبلغ الروحُ الحنجرة، أو يُقْطَعَ حلقُومُه، ومريئه، أو يُشَقَّ بطنُهُ وتَخْرُجَ حشوته. قال الشيخ أبو حامد: أو يغرق في الماء، ويغْمُرَه، وهو لا يحسنُ السباحة، فلا اعتبار بكلامه في الوصيَّة وغيرها، حتى لا يصحَّ إسلام الكافر وتَوْبَة الفاسق، والحالةُ هذه؛ لأنه قد صار في حَيِّز الأموات، وحركَتُهُ كحركة المذبوح[٢]. وإما ألاَّ ينتهي إليها، فإما أن يُخَاف منه الموتُ عاجلاً، وهو المخُوفُ الذي يقتضي الحَجْر في التبرعات، أو لا يكون كذلك، فحكمه حكم حالة الصحة، وتكلَّم الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ والأصحاب ـ رحمهم الله ـ في أمراضٍ خاصَّةٍ مخوفةٍ، وغير مُخوفةٍ.

فمن الأمراض المُخوفَةِ القُولَنْجُ[٣] وهو أن تنعقد إخلاط الطعام في بعض الأمعاء؛

---

(١) المرض في اللغة: «إظلام الطبيعة واضطرابها بعد صفائها واعتدالها، وقال ابن دريد: المرض السّقم وهو نقيض الصحة، وقال ابن الأعرابي: المرض النقصان يقال: بدن مريض أي ناقص القوة.
وقد ذكر الفقهاء هنا أمراضاً مختلفة جرت العادة بالموت عندها نذكر طائفة منها على سبيل المثال، لا على سبيل الحصر: ـ
أولاً: السلّ: مرض معروف ينحل البدن منه ويضعفه.
ثانياً: القولانج: مرض بالإمعاء يعسر معه خروج الفضلات.
ثالثاً: إسهال الدم. **رابعاً:** الحمى الملازمة. **خامساً:** ذات الجنب وهي قروح تحدث في داخل الجنب بوجع شديد ثم تنفتح فيه.
سادساً: رعاف دائم، **سابعاً:** إسهال متواتر. **ثامناً:** دِقّ داء يصيب القلب ولا تمتد معه الحياة غالباً.
تاسعاً: خروج الطعام غير مستحيل لانحراف البطن.

(٢) قال النووي: واحتج أصحابنا بأن هذه هي الحال التي قال فيها فرعون: «آمنت» فلم يصح منه والله أعلم.
وذكر في الجنايات بأن المريض إذا انتهى إلى هذه الحالة بسبب المرض فقتله إنسان فله حكم الأحياء حتى يقاد به. نبه على ذلك الأذرعي وغيره، وقول الشيخ يشخص بصره. قال في الصحاح. يقال شخص بصره بالفتح فهو شاخص إذا فتح عينيه وجعل لا يطرف، والحنجرة بفتح الحاء المهملة، ويقال الحنجرة والحلقوم والحشوة بضم الحاء (قاله الزركشي).

(٣) القُولَنْجُ: مرض معويّ مؤلم يصعب معه خروج البراز والريح، وسببه التهاب القولون: ينظر المعجم الوسيط ٧٦٧/٢.

فلا ينزل، ويصعد بسببه البخار إلى الدماغ؛ فيؤدي إلى الهلاك.

ومنها: ذات الجنب؛ وهي قُروحٌ تحْدُث في داخل الجنب بوجع شديد، ثم ينفتح في الجنب ويسكن الوجع، وذلك وقْت الهلاك، وكذلك وجع الخَاصِرة[١].

ومنها الرّعَاف الدائم؛ لأنه نزف الدم، ويسقط القُوّة، وابتداؤه ليس بمخوف.

ومنها: الإسهال، إن كان متواتراً، فهو مَخُوفٌ؛ لأنه ينشّفُ رطوباتِ البَدَن، وإن كان يوماً، أو يومَيْنِ، ولم يدم، فليس بمخُوفٍ، إلاَّ إذا انضمَّ إليه أحد أمور:

الأول: أن ينخرق البطْنُ؛ فلا يمكنه الإمساك، ويخرج الطّعَامُ غير مستَحِيلٍ.

والثاني: أنْ يكُونَ معه زحير وهو أن يخرج بشدة ووجع؛ أو تقطيع، وهو أن يخرج كذلك، ويكون مقطعاً، وقد يُتوهَّم انفصالُ شَيْء كثير، فإذا نُظِرَ، كان قليلاً.

والثالث: أن يُعْجِلَهُ، ويمنعه النَّوْم.

والرابع: إذا كان معه دَمٌ، نقل المُزَنِيُّ أنه ليس بمَخُوف، وفي «الأمّ»: أنه كان يوماً، أو يومَيْن، ولا يأتي معه الدم، لا يكون مخوفاً، وهذا يُشْعِر بالتقييد بما إذا لم يكن [معه][٢] دمٌ، فمن الأصحاب من قال: سها المزني وخروجُ الدم مَخُوفٌ: لأنه يُسْقِط القوة، وإلى هذا ذهب المسعوديُّ، وأوّلَ الأكثرون، فحَمَلُوا ما رواه المُزَنِيُّ عَلَىٰ دم يَحْدُث من المخْرَجِ من البواسير ونحوه، وما رواه الربيع على دم الكَبِد وسائر الأعضاء الشريفة، فهذا مخوفٌ، وذلك غير مخوفٍ.

ومنها: السُّلُّ[٣]: هو داء يصيبُ الرئة، ويأخذ البدن منه في النقصان والاصفرار،

---

(١) قال ابن النفيس في شرح القانون: وظاهر كلام الشيخ في القانون أنه ورم فيما سوى الرئة والقلب، والمشهور عند الأطباء أنه ورم في الغشاء المتبطن للأضلاع هذا إذا أطلقوا لفظ ذات الجنب.

(٢) سقط في: أ، ز.

(٣) قال في الخادم، قال الزبيدي السل بكسر السين وجمعه سلال، ووقع في المهمات أنه بفتح السين وهو سهو.

ثم قال صاحب الخادم: وما جزم به ـ يعني الرافعي ـ من كونه مخوفاً نازع فيه بعضهم بقول جالينوس في شرح فصول القراط، والسل هزال البدن كله الذي لا يبرأ الكائن به من حمى دقيقة بسبب قرحة في البرية. انتهى.

وما ذكره من أن الرافعي جزم بذلك عجيب، فإن الرافعي لم يجزم بذلك بل قال: «أطلق في المختصر أنه ليس بمخوف» وهذا الإطلاق أخذ به آخذون حتى صرح أبو عبد الله الحناطي رحمه الله أنه ليس بمخوف لا في أوله ولا في أخره. ووجهوه بأن السل وإن لم يسلم منه صاحبه غالباً فلأنه لا يخشى منه الموت عاجلاً فيكون بمثابة الشيخوخة والهرم، وحكى الشيخ أبو إسحاق=

وقد أَطْلَقَ في «المختصر» أنه ليس بمخوف، وبهذا الإطلاق أخذ آخذون، حتى صرح أبو عبد الله الحَنَّاطِيُّ بأنه ليس بمخوف، لا في أوله، ولا في آخره، ووجَّهوه بأن السُّلَّ، وإن لم يسلم منه صاحبُه غالباً، فإنه لا يخشى منه الموت عاجلاً، فيكون بمثابة الشيخوخة والهرم.

وحكَى الشيخ أبو إسحاق الشيرازيُّ [وصاحب الكتاب][(١)] أنَّ السُّلَّ في انتهائه مخُوفٌ، وفي ابتدائه ليس بمخوف. وكان سببه أنه أن تتطاول مدته، فأبتداؤه لا يخَافُ الموْتُ منه عاجلاً، فإذا انتهىٰ، خِيفَ، لكنَّ هذا المعنَىٰ يقتضي أن يكون آخر الفَالِجَ مخوفاً أيضاً، وعكس البغوي في «التهذيب»؛ فقال: ابتداؤُه مخوفٌ، فإذا استمرَّ، فليس بمخوف؛ لأنَّ الغالِبَ أنه إذا دام لا يقتل عاجلاً، ويبقى مدة، فهو كالهرم، وهذا كما سنذكره في الفَالَجِ، فحَصَلَتْ، فيه ثلاثة مذاهب كما تَرَىٰ.

وأشبهها بأصل المذهب: الأول.

ومنها: الدِّقُّ مخوف؛ وهو داءٌ يصيبُ القَلْب، ولا تمتد معه الحياةُ غالباً.

ومنها: الفالَجُ[(٢)]؛ وسببه غلبةُ الرُّطُوبة، والبلغم، وابتداؤه مَخُوف؛ لأنه إذا هاج رُبَّما أطفأ الحرارة الغريزية، وأهلك، فإذا استمر لم يُخَفْ منه الموتُ عاجلاً، فلا يكون مخوفاً، وفيه وجه: أنه إذا استمر مع أرتعاش، لم يكُنْ مخوفاً؛ وإلاَّ فهو مخوف.

ومنها: الحمَّى الشديدةُ؛ وهي ضَرْبَانِ: مطبقة، وغير مطبقة.

فالمُطْبِقَةُ: هي اللازمة التي لا تبرح، فإن كانت حمَّى يوم أو يومَيْن، لم تكن مخوفاً، وإنْ زادَتْ، صارت مخوفة، وفيه وجه آخر أن الحمَّىٰ من أول حدوثها مخوفة، وهذا الخلاف فيما نقل أبو الحسن العباديُّ، وغيره ناشىء من الاختلاف في قراءة لفظ

= الشيرازي وصاحب الكتاب أن السل في انتهائه مخوف، وفي ابتدائه غير مخوف، ثم قال وعكس البغوي ـ رحمه الله ـ في التهذيب فقال، ابتداؤه مخوف فإذا استمر فليس بمخوف ثم قال: وأشبههما بأصل المذهب الأول يعني قول الحناطي تبعاً لإطلاق المختصر أنه ليس بمخوف لا في أوله ولا في آخره على ذلك في الروضة، وزاد بياناً، والأشبه بأصل المذهب ما قاله الحناطي وموافقوه فلم يجزم الرافعي بأنه مخوف بل رجح أنه ليس بمخوف مطلقاً.

(١) سقط في: أ، ز.

(٢) لم يذكر تعريفه. وقال ابن النفيس: سمي به باعتبار ما يتبعه، فالفالج في اللغة المنصف والشاق أي الجاعل شيئاً ما نصفين وشقين. وهذا المرض يفعل ذلك لأنه يقسم البدن نصفين فنصف صحيح ونصف بخلافه وحقيقته بطلان الحس والحركة الإرادية ويشق من البدن أو كله سواء أعضاء الرأس، فإن ذلك يسمى لقوة.

فهو شلل يصيب أحد شِقي الجسم طولاً. ينظر المعجم الوسيط ٢/٦٩٩.

الشافعيّ ـ رضي الله عنه ـ ومن المَخُوفِ منه ـ يعْني من المرض ـ إذا كانت الحمى بدأَتْ بصاحبها ثم إذا تَطَاوَلَ، فهو مخوف، إلاَّ الربع، فقرأ بعضهم: بدأَتْ، وقرأ بعضهم تَذْأَبُ أي: تتعبه، فمن قرأ: بدأت، قال: هي من أول حدوثها مخوفةٌ، والمشهور الأول، وعلى هذا، فلو اتصلَ المَوْتَ بحمًّىٰ يوم أو يومين، نُظرَ في عطيته، إن كان قبل أن يَعْرَقَ فهي من الثلث، وقد بَانَ أنها مخوفة، وإن كانت بعد العرق، فهي من رأس المال؛ لأن أثرها قد زال بالعرق، والموت بسبب آخر، كذلك ذكره صاحب «التهذيب» و«التتمة».

والضرب الثاني: غير المطبقة، وهي أنواع: الورد: وهي التي تأتي كلَّ يوم. والغِبّ: وهي التي تَأْتِي يوْماً، وتُقْلِعُ يوماً. والثُّلث: وهي التي تأتي يومَيْن، وتُقْلِع يوماً. حمَّى الأخوَيْن: وهي التي تأتي يومَيْنِ، وتقلع يومين. والرِّبع: وهي التي تأتي يوماً، وتُقْلِعُ يومين[(١)].

فما سوى الرِّبع والغِبِّ من هذه الأنواع مخوفٌ.

والربع على تجرُّدها غير مخُوفَةٍ[(٢)]؛ لأن المحموم يأخُذُ القوة في يومَي الإقلاع.

وفي الغبِّ وجهان[(٣)]، قال قائلون: هي مخوفةٌ، وبهذا أجاب في «التهذيب».

وقال آخرون: لا، وبه أجاب في «الشامل» أما الحمَّى اليسيرةُ، فهي غير مخوفةٍ بحال. ومنْها: قال الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ: «مَنْ سَاوَرَهُ الدَّمُ حتَّىٰ تغير عقله أو المرار أو البلغم، كان مخوفاً».

وقال أيضاً: «الطاعونُ ـ نعوذ بالله منه ـ مخوفٌ حتى يذهب».

قوله: «ساوره» أي: واثبه وهاج به المرار الصفراء، فهيجان الصفراء والبلغم مخوفٌ، وكذلك هيجان الدَّم، بأن يَثُور، وينصب إلَىٰ عُضْوٍ من يد، أو رِجْلٍ، فتحمر وتنتفخ وقد يذْهب العضْو، إن لم يتدارك أمره في الحال، وإن سلم الشخص، وقوله «حتى تغير عقله» ليس مذكوراً على سبيل ٱلاَشْتِرَاط، بل هو مخوفٌ، وإن لم يتغيَّرِ العَقْلُ نصَّ عليه في «الأم».

---

(١) وهذا أخذوه من إظماء الإبل. قال بعض الفضلاء، وكان حقها أن يقال فيها حمى كما يقول الناس: حمى مثلثة. والجواب أنها أول أخذها للإنسان أن يأخذ أول يوم ويدعه يومين آخرين ثم يأخذه في اليوم الرابع فمن هنا سميت ربعاً لا ثلثاً.

(٢) أشار بقوله على تجردها إلى أن هذا ما لم يلزم الفراش. كذا نص عليه في البويطي في باب الطلاق في الربع.

(٣) قال النووي: أصحهما: مخوفة، وبه قطع الرافعي في «المحرر».

والطَّاعُون فسَّره بعضُهُم بهذا الذي ذكَرْناه من ٱنْصِبَابِ الدَّمِ إِلَىٰ عضو[١].

وقال أكثرهم: إنه هيجانُ الدَّم في جميع البدن وانتفاخه.

قال في «التتمة» وهو قريبٌ من الجذام من أصابه، تآكلت أعضاؤه، وتساقط لحْمُه. ومنها: الجراحة، إن كانت على مقتل، أو نافذةٍ إلى جوف، أو في موضع كثير اللَّحْم، أولها ضَرَبانٌ شَدِيدٌ، أو حصل معها تآكلٌ، أو ورمٌ، فهي مخوفةٌ، وإلاَّ، فلا.

وذكر بعض الشارِحِينَ أن الوَرَمَ وحْدَهُ لا يُوجِبُ كونه مخوفةً وإنَّما يوجبه الورم مع التآكُلِ. وٱحْتَجَّ عليه بأن الشافعيَّ ـ رضي الله عنه ـ قال في «المختصر» ولم يتآكل، وورم فهو غير مخوف، ولم يقل: ولم يرم.

ومنْها: القَيْءُ، إن كان معه دم، أو بلغم، أو غيرهما من الأخلاط، فهو مخوف وإلاَّ، فغير مخوف إلاَّ أن يدوم.

ومنها: البِرْسام[٢] وهو مخوفٌ، وأما الجَرَبُ، ووجَعُ الضرس، ووجع العين، والصداع، فهي غير مخوفة[٣] هذا هو الكلامُ في الأمراض المخوفة، وقد تَعْرِضُ أحوالٌ تشبه الأمراض في اقتضاء الخوف، وفيها صور:

إحداها: إذا ٱلْتَقَى الفريقَانِ، وٱلْتحم القتالُ بينهما، واختلط بعْضُهم ببعض.

والثانية: إذا كان في السَّفينة، واشتدَّت الرياح، وهاجَتِ الأمواج.

والثالثة: إذا وقع في أسر الكفار وعادتهم قتل الأسارَىٰ.

والرابعة: قُدِّمَ؛ ليُقْتَلَ قِصاصاً، ولم يُجرح بعدُ فالحكاية عن نصِّ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ في الصور الثلاث: الأُولَىٰ أنها تلتحقُ بالمرض المخوف، وعن نصِّه في

---

(١) قال النووي في شرح مسلم: هو قروح تخرج من الجسد فتكون في المرافق والأباط أو الأيدي أو الأصابع وسائر البدن، ويكون معه ورم، وألم شديد، ويخرج تلك القروح مع أهدب وكسور ما حواليه أو يخضر ويحمر حمرة بنفسجية كدرة يحصل معه خفقان القلب والقيء. انتهى. أما الأطباء فقالوا: الطاعون ورم قتال يحدث غالباً في أحد المواضع الثلاثة التي هي الإبط وحلقة الأذن والأرنبة، وبالجملة في اللحوم الرخوة ويختص باللحم الغددي، لأنه لا يقبله من الأعضاء إلا ما كان أضعفه وأسلمه الأحمر ثم الأصفر ثم الذي في السواد لا يفلت منه أحد.
قال ابن سينا في الطواعين: تكثر في الوباء، وفي البلاد الموبئة، وروى الطبراني أنه ﷺ سئل عن الطاعون فقال: «طعنكم عدامكم من الجن» وفي الصحيح أنه كان عذاباً على من كان قبلنا وصار لنا رحمة وشهادة.

(٢) وهو بباء موحدة مكسورة في أوله، ورم في حجاب القلب أو الكبد، ويصعد أثره في الدماغ. وفي المعجم الوسيط ١/٤٩: هو ذات الجنب، وهو التهاب في الغشاء المحيط بالرئة.

(٣) وقيد في الوسيط الجرب والصداع باليسير.

«الإملاء» في الصورة الرابعة: المَنْع، وللأصحاب فيهما طريقان[١]:

أظهرهما: وبه قال المزني أنَّها جميعاً علَىٰ قَولين بالنقل والتخريج:

وأحدُهما: أنها غير ملتحقةٌ بالمرض المَخُوف؛ لأنه لم يُصبْ بدَنَهُ شيْءٌ.

وأظهرهما: وبه قال أبو حنيفة، ومالك، والمزنيُّ ـ رحمهم الله ـ الالتحاقُ بها، لأنها أحوالٌ تستعقب الهلاك غالباً.

والثاني: الجريانُ علَىٰ ظاهر النصين، والفرق بين الصُّور الثلاث.

والرابعة: أنه إذا التحم القتال لا يَرْحَمُ بعضُهم بعضاً، والبحر لا يحابِي، والكافرُ لا يَرْحَمُ المسلم لكن مستحِقّ القصاص لا تَبْعُدُ منه الرحمة، والعفوُ بعد القُدْرة إما طمعاً في الثواب، أو في المَالِ. وعن صاحب «التقريب» أنه إنْ كَان هناك ما يغْلِبُ على الظَّنِّ أنَّه يقبض من شدَّة حقد، أو عداوةٍ شديدة، فهي مخوف، وإلاَّ، فلا، ثم موضع الخلاف في صورة التحامِ القِتَالِ ما إذا كان الفريقانِ متكافِئَيْنِ، أو قَرِيبَيْنِ من التكافؤ، وإلاَّ، فلا خَوْفَ في حقِّ الغالب، بلا خلاف، ولا خلافَ أيضاً فيما إذا لم يلتحم الحرب، ولم يختلط الفريقان، وإن كانا يتراميان بالنُّشاب والحراب، ولا فيما إذا كانَ البحر ساكناً، ولا في الأسير في يد الكفار الذين لا يقتلون الأَسَارَىٰ كالرُّوم[٢].

الخامسة: إذا قُدِّم؛ ليقتل رجماً في الزنا أو ليُقتل في قطع الطريق فالحكم كما في صورة التحام القتالِ ونَظَائِرِها؛ لأنه ليس في موضع العفْوِ والرَّحْمَةِ بخلاف ما إذا قُدم للقصاص، فعلَىٰ طريقه فيه القولان، وعلى الثاني يقطع بكونه مَخُوفاً، ومنهم من فَرَّقَ بين أن يَثْبُت الزنا بالبينة أو بالإقرار؛ لاحتمال الرجوع.

---

(١) قال في الخادم: فيه أمور:
أحدها: أن الشافعي قد نص أيضاً في الأُولى على المنع أيضاً فلا حاجة لحكايته بالتخريج.
الثاني: ينبغي أن يكون ذكر الكفار في الثالثة خبري على الغالب لا قيد حتى لو اعتاد البغاة قتل أسيرهم أن يكون الحكم كذلك، وكذلك لا يتقيد بأسيرنا، فلو أسرت اليهود أو النصارى أو بالعكس كان الحكم كذلك، والمعنى شامل لذلك كله.
الثالث: قضية إطلاقه في الثانية أنه لا فرق بين من يحسن السباحة أو لا، ولا بين الراكب في البحر أو الأنهار العظيمة كالنيل والفرات، وفي الأول نظر لا سيما الماهر بهما القريب من الساحل.
الرابع: قوله «قدم ليقتل قصاصاً» قال في المهمات: توهم أنه قيل ذلك غير مخوف، وليس كذلك فقد قال في الوديعة: فإذا مرض المودع عنده مرضاً مخوفاً أو حبس للقتل لزمه أن يوصي بالوديعة. قال، فجعل الحبس كالمرض المخوف.

(٢) قال النووي: وسواء في مسألة القتال كان الفريقان مسلمين أو كفاراً، أو فريقاً مسلمين وفريقاً كفاراً، كذا صرح به القاضي أبو الطيب، وغيره.

السادسة: إذا وقع الطاعونُ في البلد وفشا الوباء، فهَلْ هو مخوفٌ في حقِّ من لم يُصِبْه؟ فيه وجهان مخرَّجان من الخلاف في الصورة السابقة، والأصحُ أنه مخوفٌ قاله صاحب «التهذيب».

السابعة: الحاملُ قبل أن يضربَها الطَّلْق، ليست في حال خَوْف.

وقال مالكٌ ـ رحمه الله ـ: إذا بلغت ستة أشهر، دَخَلت في حال الخوف، واحتج الأصحاب بأنَّها ما دامَتْ حاملاً لا تخاف الموت، وإنما تخافُهُ عند حدوث الطَّلْق، وإذا ضربها الطلق، ففيه قولان:

أصحهما: أن الحال حالُ خَوْفٍ؛ لصعوبة أمر الولادة.

والثاني: المنعُ، ويُنْسَبُ إِلَىٰ رواية الشيخ أبي حامد؛ لأن الغالب السلامة، وإذا وضعَتَ، فالخوف باقٍ إِلَىٰ أن تنفصل المشيمة، فإذا انفصلتْ، زال الخوف، إلاَّ إذا حصل من الولادة جراحَةٌ، أو ضَرَبَانٌ شديدٌ، أو ورمٌ أو إلقاءُ المضْغَةِ، أو العَلَقَةِ.

قال الشيخ أبو حامد، وابن الصباغ: لا خَوْفَ منه؛ وفي «التتمة» أن إِلقاء المُضْغة كالولادة، وموت الولد في البَطْن يوجِبُ الخوف[1]، هذا، [هو] أحد مقاصِدِ الفَصْل، وهي كثيرة.

والثاني: إذا، أشكل الحال في مرض؛ فلم يدر، أهو مخوفٌ أم لا؟ فالرجوعُ فيه إِلَىٰ أهل الخبرة [والعلم بالطِّبّ، ولا بدّ في المرجوع إليه من الإسلام والبلوغ والعدالة والحرية][2]، ولا بد من العدد أيضاً وقد ذكرنا وجهاً في جواز العدول من الوضوء إلى التيمم بقول الصبيِّ ـ المراهق والفاسِق، ووجهاً في أنه لا يُشْتَرَطُ فيه العددُ، وعن أبي سليمان الخطابيِّ وجهٌ لم نَذْكُرْه في ذلك الباب، أنه يجوز العدُولُ من الوضوء إلى التيمم بقول الطبيب الكافر، كما يجوز شُرْب الدواءِ من يده، وهو لا يَدْري أنه دواء، أو داء ولا يبعُدُ أن تطرد هذه الاختلافات ها هنا، وقد قال الإِمام: الذي أرى أنه يلحق بالشَّهادات [من كُلِّ وجه]، بل يلحق بالتَّقْويم وتعديل الأنصباء في القسمة، حتى يختلف الرأيُ في اعتبار العدد[3].

---

(١) قال النووي: وإذا كان المرض مخوفاً، فتبرع، ثم قتله إنسان، أو سقط من سطح فمات، أو غرق، حسب تبرعه من الثلث، كما لو مات بذلك المرض ذكره البغوي.

(٢) سقط في: ز.

(٣) قال النووي: المذهب: الجزم باشتراط العدد وغيره مما ذكرنا أولاً، لأنه يتعلق بهذا حقوق الآدميين من الورثة والموصى لهم، فاشترط شروط الشهادة كغيرها من الشهادات، بخلاف التيمم، فإنه حق لله تعالى مبني على المسامحة، مع أنه ينتقل إلى بدل، وليس كالتقويم الذي هو تخمين في محسوس يمكن تدارك الخطأ، إن وقع فيه.

قال في المطلب: الفرق بين مسألتنا وباب التيمم أن ذلك لا يتوقف الأمر فيه على الرفع إلى=

وإذا اختلف الوارثُ والمتبرِّع عليه في كون المَرَضِ مَخُوفاً بعدْ موْت المتبرِّع، فالقولُ قولُ المتبرع عليه؛ لأنَّ الأَصْلَ السلامةُ عن المرض المخوف، وعلى الوارث البيِّنةُ، ولا تثبت دعْوَاه إلاَّ بشهادَةِ رجلَيْن، ولا يقبل قولُ رجلٍ وامرأتين؛ لأنها شهادة على غير المال، وإن كان المقصودُ المال، نعم، لو كانت العلة بامرأة على وجه لا يتطَّلعُ عليه الرجال غالباً، فتقبل شهادةُ رجُلَيْنِ، ورجلٍ وامرأتَيْنِ، وأربع نسوة، ويُعْتَبَرُ في الشاهدين العِلْمُ بالطِّبِّ قاله في «التهذيب».

والثالث: إذا وجدنا المرضَ مَخُوفاً، حجَرْنا عليه في التبرُّع فيما زاد على الثلث ولم ننفذه لكنَّه، لو فعل، ثم سلم وبرأ، تبيَّن [صحة] التبرُّع، وأن ذلك المرض لم يَكُنْ مخوفاً، ومن هذا القبيل [ما] إذا الْتَحَمَ القتَالُ، وحكَمْنا بأنَّه مخَوَفٌ، ثم انقضى الحَرْب وسلم، وإذا رأينا المرَضَ غَيْرَ مخوف، فاتصل به الموت، نُظرَ؛ إن كان بحيث لا يُحَال عليه الموتُ بحال؛ كوجع الضِّرْس ونحوه، فالتبرُّع نافذٌ، والموت محمولٌ على الفجأة وإن كان غيره كإسْهَال يوم، أو يومَيْن، فتبيَّن باتصال الموت كونُهُ مَخُوفاً وكنَّا نظُنُّ أن القوة تحتمله، فَبَانَ خلافه، وكذلك حمَّى يوم، أو يومين فيما رواه صاحب الكتاب في «الوسيط» وقد حكَيْنا من قبلُ الفَرْقَ بين أن يعرق، أو لا يعرق في هذه الصورة والله أعلم. ونعود الآن إِلَىٰ ما يتعلَّق بلفظ الكتاب:

أما تغيير التَّرْتيب في بعض مسائل الفَصْل، فسببه أنا أَرَدْنا أن نذْكُر الأمراض المُخَوفة، والأحوال الملتحقة بها مجْمُوعَةً، ثم نأخذ في نوعٍ آخَرَ من الكلام، وأمَّا قوله: «كُلُّ ما يستعد الإنسان بسببه لما بعد الموت» فمعناه أنه يتهيأ للموت، ويعد أسباب التجهيز، وما ينفعه بعد الموت من توبة، ووصية، ورد مظلمة، وفي هذه اللفظة ما يُشْعِرُ بإخراج الفَالَجِ، إذا امتدَّت مدته عن الأمراض المخوفة؛ لأن المفلوج لا يستعدُّ للموت، وما بعده، ويجوز أن يُعْلَم [قوله][1] بالحاء؛ لأن الأستاذ أبا منصور وغيره حَكَوْا عن أبي حنيفة وأصحابه أن المرض المخوَف ما يمنعه مِنْ أن يجيء، ويذْهَب، وما لا يمنعه من التردُّد، فهو غير مخوف، ورُوِيَ عنهم أنَّ المخُوفَ هو الذي يجُوزُ القُعُود له في صلاة الفَرْض.

= الحاكم فكان بمنزلة الأخبار، وأخبار الصبي مقبولة على رأي، فكذا خبر الفاسق يجب العمل به إذا وقع في نفس المخبر صدقه في حق نفسه، وقد تقول بمثل ذلك في خبر الكافر، ولا كذلك فيما نحن فيه؛ لأنه لا يتعلق بسماع الحاكم لا يقبل قول صبي ولا فاسق ولا كافر، كيف وفيه تفرد حكمه على الغير، ومما يوضح ذلك كله أن قول العدد الواحد في باب التيمم كافٍ بل ظن المتيمم يكفي فيه، ولا كذلك فيما نحن فيه:

(١) سقط في: ز.

وقوله «والإسهال المتواتر مع قيام الدم» إن أراد بالمتواتر ظاهِرَ مفهومه، وهو الدائم الممتدُّ، فلا حاجة إلى اعتبار قيام الدم، كما سبق، وإن أراد بالمتواتر [في][1] اليوم، واليومَيْنِ، فَيُعْتَبَر؛ لكونه مخوفاً قيامُ الدم، أو شيْءُ مما في معناه، وقوله «والسل في انتهائه» ينبغي أن يُعْلَمَ بالواو؛ لما عرفته فيه، وقوله: «ففي إلحاقها بالمرض المخوف قولان» المشهور من الخلاف، في صورة ظُهُور الطَّاعون وَجْهَان، لا قولان، لكنَّ القولَيْن الحاصلَيْنِ من التصرُّف بالنقل والتخريج يَقْرُبَان من الوجْهَيْن، فجاز التساهل، ويجوز إعلام لَفْظِ القولَيْن بالواو؛ للطريقة الجازمة، وقوله: «فالنص أنه قيل الجَرح غير مخوف» مُعْلَمٌ بالحاء والميم والزاي، وقوله في مسألة الحمل وقيل: إن السلامة أغلب» قول لا وجه.

فَرْعٌ:

قال الإمام: لا يُشْتَرَطُ في المرض المخوف أنْ يكون الموتُ منه غالباً، بل يكفي أن يكون نادراً بدليلِ البرسام، ولو قال أهل البَصَر: هذا المرض لا يخَافُ منه الموت، لكنه سببٌ ظاهرٌ في أن يتولَّد منه المرض المخُوفُ، فالأول مخوفٌ أيضاً، وهذا يشكل بالحامل قبل أن يأخذها الطَّلْق، وإن قالوا: يُفْضِي إلى المرض المَخُوفِ نادراً، فالأولُ لَيسَ بمَخُوفٍ[2].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (فَإنْ قِيل): فَمَا حَدُّ التَّبَرُّعِ (قُلْنَا): هُوَ إزَالَةُ المِلْكِ عَنْ مَالِهِ بِغَيْرِ ثَمَنِ المِثْلِ مِنْ غَيْرِ ٱسْتِحْقَاقٍ كَٱلعِتْقِ وَالصَّدَقَةِ وَالهِبَةِ، أمَّا قَضَاءُ الدُّيُونِ وَالزَّكَوَاتِ (ح) وَالكَفَّارَاتِ (ح و) الوَاجِبَةِ فَمِنْ رَأْسِ المَالِ (ح م) أوْصَىٰ (و) بِهَا أوْ لَمْ يُوصِ، وَإذَا بَاعَ بِثَمَنِ المِثْلِ مِنْ وَارِثٍ (ح) أوْ مِنْ بَعْضِ الغُرَمَاءِ نَفَذَ مِنْ رَأْسِ المَالِ، فَلَوْ كَانَ بِمُحَابَاةٍ فَقَدْرُ المُحَابَاةِ مِنَ الثُّلثِ، وَإنْ نَكَحَ بِأَكْثَرَ مِنْ مَهرِ المِثْلِ فَالزِّيَادَةُ مِنَ الثُّلُثِ، وَإنْ نَكَحَ بِأَقَلَّ مِنْ مَهرِ المِثْلِ فَلاَ حَرَجَ (و) فَإنَّ ذَلِكَ ٱمْتِنَاعٌ مِنَ الاكْتِسَابِ وَالبُضْعُ لاَ يَرِثُهُ الوَارِثُ، فَإنْ آجرَ دَوَابَّهُ أوْ عَبِيدَهُ بِأَقَلَّ مِنْ أُجْرَةِ المِثْلِ فَالمُحَابَاةُ مِنَ الثُّلُثِ، وَإنْ آجَرَ نَفْسَهُ فَلاَ لأَنَّهُ لاَ يُعَدُّ مَطْمَعاً لِلوَرَثَةِ، وَفِيهِ وَجْهٌ أنَّهُ كَمَنْفَعَةِ العَبْدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الفصل الثاني في بيان التبرع المحْسُوب من الثلث، وقد ضَبَطَهُ في

---

(١) سقط في: ز.

(٢) قال النووي: وإذا كان المرض مخوفاً فتبرع، ثم قتله إنسان أو سقط من سطح فمات، أو غرق، حسب تبرعه من الثلث: كما لو مات بذلك المرض ذكره البغوي.

الكتاب فقال: «هو إزالةُ المِلْك عن مالٍ بغير ثمن [المثل][١] من غير استحقاق [كالعتقُ والهبة والوقف والصدقة وغيرها]»[٢].

وفيه أربعةُ قُيُود: إزالة الملك، وكونُهَا إزالةَ عن مالٌ وكونها بغير ثمن المثل، ومجاناً، وبغير اْستحقاق. وفيما يدخل فيها، ويَخْرُج منها مسائلُ:

إحداها: ما يستحق عليه من ديون الآدَمِيِّينَ، وديون الله تعالَىٰ؛ كالزكاة، وحَجَّة الإسلام، تُوَفَّى بعد موته، وتكون من رأس المال أوصَىٰ بها، أو لم يُوصِ وقال أبو حنيفة: إنْ أوصَىٰ بالزكوات والكفارات، يُؤَدَّىٰ من الثلث، وإن لم يوص بها، فقد ذكرنا عنه، وعن مالك في «كتاب الحج»؛ أنَّهَا تسقط، فيُعْلَمُ قوله في الكتاب «فمن رأس المال» بالحاء والميم، ويجوز أن يُعْلَمَ قوله «أوصى» بالواو؛ لوجهٍ سيأتِي في الباب الثانِي؛ أنه إذا أوصى بها يحْسَبَ من الثلث. وقوله في الكتاب «والكفارات الواجبة» ينبغي أن يُعْلَمَ بالواو أيضاً؛ لأن الذي يجْعَلُه من رأس المال ـ بلا خلاف ـ ما يَجِبُ بأصْل الشرع أيضاً كالحجِّ، والزكاة، فأما ما يتعلَّق بالتزام العَبْد من نذر، ومباشرةٍ بسبب يقتضي الكفارة، ففيه خلافٌ مذكورٌ في الباب الثاني، ولو قضَىٰ في مرضه ديونَ بَعْضِ الغرماء، فلا يزاحمه غيره، إن وَفَّى المالُ بجميع الديون، وإلاَّ، فكذلك على المذهب المشهور.

وفيه وجْهٌ آخرُ: أن للباقين مزاحمته، وهو قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، كما لو أوصَىٰ بتقديم بعض الغرماء، لا تنْفُذُ وصيته.

الثانية: البيع بثمن المثل أو أكثر نافذٌ من رأس المال؛ سواءٌ باع من الوَارِث، أو من أجنبيٌ غريم، أو غير غريم، وقد ذكَرْنا خلافَ أبي حنيفة في البَيْع من الوارثِ منْ قبل، وإن باع مُحاباة، فإن كانَتْ يسيرةً يتسامح بمثلها، فكما لو باع بثَمَنِ المثل، وإن كانَتْ أكثر من ذلك، فإن كانت مع الوارِثِ، فهي وصيةٌ للوارث، وإلاَّ، فهي معتبرةٌ من الثلث، فإذا لم تخرج من الثلث، فإن أجاز الوارث، نفذ البيعُ في الكلِّ، وإلاَّ، بطل فيما لا يَخْرُج من الثلث، وفيما يخرج طريقان، وإذا لم تبطل، ففي كيفية صحة البيع قولان، وكلُّ ذلك ذكرناه في «باب تفريق الصفقة»[٣] من البيع، ثم المحاباة المعتبرةُ من الثُّلث كلُّ ما يزيدُ علَىٰ ثمن المثل أم ما يَزِيدُ علَىٰ ما يتغابَنُ الناس بمثله.

---

(١) سقط في: أ، ز.

(٢) قال النووي: ينبغي أن يضم إليه ما يتناول التبرع بالكلب وسائر النجاسات، وبالمنفعة التي تصح الوصية بها، فيقال: إزالة الاختصاص عن مال ونحوه.

(٣) ذكره الحناطي والأستاذ أبو منصور وهو المنصوص للشافعي.

الذي ذكره الأستاذ أبو منصور، وأبو عبد الله الحناطيُّ هو الاحتمال الثانِي، وهذا كله إذا باع بثَمَنٍ حالٍ، فإن باع بثَمَنٍ مؤجَّلٍ، ولم يحل الأجلُ، حتى مات، فيعتبر من الثُّلُث، سواء باع بثمن المثل، أو أقلَّ، أو أكثر؛ لما فيه من تفويت اليَدِ علَى الورثة، وتفويتُ اليدِ ملحق بتفويت المالِ؛ ألا تَرَىٰ أن الغاصِبَ يضْمَنُ بالحيلولة، كما يضمن بتفويت المال؟ فليس له تفويتُ اليد عليهم، كما ليس له تفويت المال، فإن لم يخرج من الثلث، ورد الوارث ما زاد، فالمشتري بالخيار بَيْن فَسْخ البيع، والإجازة في الثلث بثُلُث الثمن، فإن أجاز، فهل يزيد ما يَصِحُّ فيه البيع، إذا أدَّى الثلث؟ فيه وجهانِ منقُولاَن في «التَّهذِيب»:

أصحهما: لا؛ لارْتفاع العَقْد بالرَّدِّ.

والثاني: نعم، لأنَّ ما يحصل للورثة ينبغي أَن نصحح الوصية في نصفه، فعلَىٰ هذا يصحُّ البيع في قدْرِ نصف المؤدَّىٰ، وهو السُدُسُ بسُدُسِ الثمن، فإذا أدَّىٰ ذلك السُّدُس، زيد بقَدْر نصف النصف، هكذا إلى أن يحصل الاستيعاب.

الثالثةُ: نكاحُ المريض صحيحٌ، وعن مالك ـ رحمه الله ـ منعه لنا: أن معاذاً ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ قَالَ في مَرَضِ [مَوْتِهِ] زَوِّجُونِي حتَّى، لاَ أَلْقَىٰ اللَّهَ تَعَالَىٰ أعْزَبَاً»[1]، وأيضاً، فإنه استباحةُ بُضْعٌ فيستوي فيه حالُ الصحَّة والمَرَض، كشراءِ الجوارِي، وإذا نكح، فَيُنْظَرُ، إن كان بمهر المثل، أو أقلَّ، اُعْتُبِرَ من رأس المال، كما لو اشترى شيئاً بثَمَن مثله، وإن كان بأكثر من مهر المثل، فيستحقُّ مهر المثل، فالزيادة تبرُّعٌ على الوارث، وقد سبق حكْمُه؛ فإن لم تكن وارثةً كالذمية، والمكاتَبَةِ، فالزيادةُ محسوبةٌ من الثلث، إن خرَجَتْ منه، نفَذَ التبرع بها، ولو ماتت الزوجةُ قبله، فإن كانت الزيادةُ تخرج من الثلث، فيسلَّم لها، لأنه لا يلزم الجمع بين التبرع والميراث، وإن لم يخرج، دارت المسألةُ، ونذْكُرُها في «باب الدَّوْر» إن شاء الله تعالى.

ولو نَكَحَتِ المريضةُ بأقلَّ من مهر المثل، فالنقصان تبرع على الوارث، فللورثة ردُّه وتكميل مهر المثل، فإن لم يكن وارثاً، كما إذا كان عبداً، أو مُسْلِماً وهي ذمِّيَّةٌ، لم يكمل مهر المثل ولم يُعْتَبَرْ هذا النقْصَان من الثلث، وإنَّما جُعِلَ ذلك وصيَّةً في حقِّ الوارث، ولم يُجْعَلْ وصيةً في الاعتبار من الثلث؛ لأن المريض، إنَّمَا يُمْنَعُ من تفويت ما عنْده، وهذا ليس بتفويت، وإنما هو امتناعٌ من الاكتساب.

وأيضاً، فإنَّ المنع فيما يُتوهَّم بقاؤه للوارث، وانتفاعه به، والبُضْع ليس كذلك،

---

(١) رواه البيهقي من حديث الحسن عنه مرسلاً، وذكره الشافعي بلاغاً.
تنبيه وقع في بعض نسخ الرافعي معاوية، بدل معاذ، وهو غلط. قاله الحافظ في التلخيص.

هذا هو المشهور في المسألة، وفي «التتمة» وجهٌ أنه يُعْتَبَرُ من الثلث، وفرق بينه وبين ما إذا آجَرَه نفسه بأقلَّ من أجرة المثل، حيث لا يُعْتَبَرُ من الثلث، مع أن كلَّ واحد منهما لا يبْقَىٰ للورثة بوجْهَيْنِ:

أحدهما: أن النكاحَ من غَيْر ذكْر المهر يقتضي مَهْر المثل، فإذا قال الولي زوجتها، وذكر ما دون مهر المثل، فكأنَّه أسْقَطَ العِوَضَ بعْد وجوبه، فكان كالإبْرَاء، وأما الإجارة، فإنها لا تنعقد من غير ذكْر العِوَض.

والثاني: أن المحاباة في المَهْر تُلْحِقُ نَوْع عارٍ بالورثة، فأثبت لهم ولايةَ الدَّفْع، بخلاف المحاباة في الإِجَارَةِ[1].

الرابعة: إجارة العبيد والدوابِّ وسائِرِ الأموال بما دون أجرة المِثْل معتبرةٌ من الثلث، وكذلك إعارتُهَا حتَّى لو انقضتْ مدة الإجارة، أو الإعارة في مرضه، واستردَّ العين، اعتبر قدر المحاباة في الإجارة، وجميع الأجرة في الإعارة من الثلث، ولو آجر نفسه بمُحَابَاةٍ، أو عَمَلٍ لغيره متبرِّعاً، فوَجْهَان:

أحدهما: الاعتبارُ من الثلث أيضاً؛ لأن منافعه مال.

وأصحُّهما: المنع؛ لأن منافعه لا تَبْقَىٰ للورثة، وإن لم يتبرَّع، ولا تمتد إليها أطماعُهم.

وقوله في الكتاب: «وهو إزالةُ المِلْك عن مال نفسه» لفظ «الإزالة» ألا تكون الإعارة معتبرةٍ من الثلثِ؛ لمَا مَرَّ أن الإعارة لَيْسَتْ إزالة ملك وأن المستعيرَ مستبيحٌ، لكنَّا حَكيْنا أن الإعارةَ معتبرةٌ من الثلث، فإذن اللفظ محمولٌ على تفويت المال المملوك أو نحوه وقوله [في الكتاب][2] بغير ثمن المثل أراد عوض المِثْل، لا خُصُوصَ العوض في البيع، ولفظ «الوسيط» «إزالة الملك عن مالٍ مجاناً» وهو أحسنُ.

وقوله «كالعتق، والصدقة، والهبة» لفظ الصدقة ينتظم الوقف، وصدقة التمليك، وكلاهما من هذا القبيل وقوله: «إن نِكِحَتْ بأقلَّ من مهر المثل فلا حرج» مرقوم بالواو؛ لما حكينا[ه] عن «التتمة» ثم هو غير مُجْرًى على إطلاقه؛ بل إذا كان الزوْجُ وارثاً، فلباقي الورثةِ التكميلُ، وهو الغالب، وقد يشكل الضبطُ المذْكُور بما إذا بَاعَ بثَمَنِ المثل نسبة فإنه يُعْتَبَرُ من الثلث مَعَ أنَّه فقد أحد [القيود][3] الأربَعَةِ.

فُرُوعٌ: باع بالمحاباةِ بشَرْطِ الخيار، ثم مَرِضَ في زمان الخيار، وأجاز العقد، إنْ

---

(١) قال النووي: هذان الفرقان ضعيفان جداً. وكذا الحكم الذي ادَّعاه وشذ به.

(٢) سقط في: ز، أ.

(٣) سقط في: ز، أ.

قلنا: إن الملك في زمان الخيار للبائع، فقدْر المحاباة من الثلث، وإلا، فلا[١]؛ لأنه ليس بتفويت، وإنَّما هو امتناعٌ من ٱلاكتساب، والاستدراك، فصار كما إذا أفلس المشتري، والمبيع قائمٌ عنْده، ومَرِضَ البائع فَلَمْ يفسخ، أو قدر علَىٰ فسخ النكاحَ بعَيْبِ فيها، فلم يفعَل حتَّىٰ مات، واستقر المهر، فإنه لا يُعْتَبَرُ من الثُّلُث.

وكذا لو اشترَىٰ بمحاباة، ثم مرض، ووجد بالمبيع عيباً، ولم يرد مع الإمكان، لا يُعْتَبَرُ قدْر المحاباةِ مِنَ الثلث[٢]، ولو وجد العيب، وتعذَّر الرد بسبب، فأعرض عن الأرش، اعتُبِرَ قَدْرُ الأرش من الثلث، وقدْرُ المحاباة في الإقالة يُعْتَبَرُ من الثلث، كما في البيع والشراء، وخُلْعُ المريض، لا يُعْتَبَرُ من الثلث؛ لأنَّ له أن يُطَلِّقَ مجاناً، ولأن الوارث لا ينتفع ببقاء النِّكَاح، وأما خلع المريضة، فمذكور في الكتاب في «باب الخلع».

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (فَإِنْ قِيلَ): فَكَيْفَ يُحْسَبُ مِنَ الثُّلُثِ (قُلْنَا): إِنْ كَانَتِ التَّبَرُّعَاتُ مُنَجزَةً عَلَى التَّرْتِيبِ قُدِّمَ الأَوَّلُ فَالأَوَّلُ، وَإِنْ تَقَدَّمَ هِبَةٌ وَإِقْبَاضٌ فَهِيَ أَوْلَىٰ مِنَ العِتْقِ بَعْدَهَا، وَإِنْ أَعْتَقَ عَبِيداً وَضَاقَ المَالُ أُقْرِعَ (ح) بَيْنَهُمْ، وَإِنْ وَهَبَ عَبِيداً نَفَذَ فِي بَعْضِ كُلِّ عَبْدٍ لأَنَّ التَّشْقِيصَ فِي العِتْقِ مَحْذُورٌ لِوُرُودِ الخَبَرِ فِيهِ، وَإِنْ أَضَافَ الْكُلَّ إِلَىٰ المَوْتِ فَفِي تَقْدِيمِ الْعِتْقِ عَلَىٰ غَيْرِهِ قَوْلاَنِ، وَلاَ يُقَدَّمُ (و) الْعِتْقُ عَلَى الوَصِيَّةِ بِالعِتْقِ، وَهَلْ تُقَدَّمُ الكِتَابَةُ عَلَى الهِبَاتِ؟ خِلاَفٌ (و)، وَالكِتَابَةُ مَحْسُوبَةٌ (ح) مِنَ الثُّلُثِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الفصلُ الثالثُ في كيفيَّة ٱلاحْتِسَاب من الثُّلُثُ، إذا وُجِدَ تبرُّعان فَصَاعِداً، وضاق عنهما الثُلُث، فهي إما منجَّزةٌ، أو معلَّقةٌ بالموت، أو هي من النوعَيْنِ جميعاً:

---

(١) أي وإن قلنا: الملك للمشتري أو موقوف لم يعتبر من الثلث، وعمَّ إذا ترك الأمرين حتى انقضى الخيار وقد يظن التحاقه بالإجازة، والأشبه خلافه بدليل قوله بعده «وكذا لو اشترى بمحاباة ثم مرض ووجد بالمبيع عيباً ولم يرد مع الإمكان لا يعتبر قدر المحاباة من الثلث».
قال ابن الرفعة: والخلاف في تقديم العتق عند اجتماعه مع الهبة يظهر فيما إذا قلنا الملك يحصل بالموت، أما إذا قلنا: لا يحصل إلا بالقبول فإن قلنا بتقديم العتق فلا إشكال. وإن قلنا بمساواته ففي هذه الحالة يظهر أن يكون في تقديمه وجهان بناء على ما لو أوصى بعتق عبد ودبر آخر وضاق الثلث هل يستوي نظراً لاستحقاق العتق أو تقدم التدبير لوقوعه بالموت وتأخر الإعتاق وفيه وجهان.

(٢) أي لجريان العقد في الصحة، وسكت عن قدر البعض، واقتضى كلامه فيما سيأتي اعتبار فإنه قال في المسائل الدوريات: الثالث اشترى المريض عبداً بعشرة وترك بسواه عشرين وأوصىٰ لرجل بعشرة ثم وجد بالعبد عيباً فنقصه خمسة فاختار إمساكه جاز، وكأنه حاباه بخمسة، فالمحاباة مقدمة على الوصية للموصى له باقي الثلث وهو خمسة انتهى. وبذلك صرح الإمام في باب التفليس.

القسم الأول: التبرعات المنجزة، كالإِعْتَاق، والإِبْرَاء، والوقْف، والصَّدَقة، والهِبَة مع الإقباض، والمُحَابَاة في العُقُود، وهيَ إمَّا أن تترتَّب، أو توجَدَ دفعةً واحدةً، وإن ترتبت؛ فيقدم الأولُ فالأول إلى استغراق الثلث، وإذا تَمَّ الثلثِ، نِيط أمر الزائِدِ بإجازة الوَرَثَةِ علَىٰ ما مرَّ.

وإنما كان كذلك؛ لأن الأول لازِمٌ لا يفتقر إلى رضا الورثة، فكان أقوى، ولا فرق بين أن يكُونَ المتقدِّمَ والمتأخِّر من جنس واحد، أو من جنسَيْنِ، ولا إذا كان من جِنسَيْن بَيْن أن يَتقدَّم المحاباةُ على العِتْق، أو يتقدَّم العتقُ على المحاباة.

وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: إذا تقدَّمتِ المحاباةُ على العتق، يُسَوَّىٰ بينهما، ويُقَسَّمُ الثلث عليهما.

لنا: أنها عطيةٌ منجزةٌ لازمةٌ، فلا يساويها ما بعدها، كما لو تقدَّم العتق، أو ترتَّبت محاباةٌ، وإن وجدتْ دفعةً واحدةً، فإما أن يتحد الجنس، أو يختلف:

إن اتَّحَدَ كما إذا قال لعبيد [له]: أعتَقْتُكُمْ، أو وهب عبيداً من جماعة، أو أبرأ جماعةً عن ديونه علَيْهِمْ، فلا يتقدَّم البعض على البعض، ولكن في غير العتق يقسَّط الثلث على الكُلِّ؛ باعتبار القيمة على ما يقتضيه الحال من التساوي أو التفاضل.

وفي العتق يُقْرَعُ بين العبيد، ولا تفرق الحريةُ وعند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ لا يُقْرَعُ بينهم، بل يُعْتَقُ من كلِّ واحد منهم ثلثه ويستسعى في الباقي ومُعْتَمَدُنَا في الفَرْق بَيْن العِتْق وغيره: ما رُوِيَ عن عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ ـ رضي الله عنه ـ أَنَّ رَجُلاً أَعْتَقَ سِتَّةَ أَعْبُدٍ عِنْدَ مَوْتِهِ، لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ فَدَعَاهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَجَزَّاهُمْ أَثْلاثاً، ثُمَّ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً[1]، وَفَرَقُوا من جهة المَعْنَىٰ؛ بأن المقصود من الإعتاق تخليص الشخص من الرقِّ، وتكميل حاله، وهذا الغرض لا يحْصُل مع التشقيص لبقاء أحكام الرِّقِّ.

والمقصودُ من الهبة، وما في معناها التمليكُ والتشقيص لا ينافيه، فإن اختلف الجنسُ؛ بأنْ وكل بكل تبرُّع وكيلاً، فتصرَّفوا دفعةً واحدةً، فإن لم يكُنْ فيها عتقٌ، فيقسَّط الثلثُ على الكلِّ باعتبار القيمة، وإن كان فيقسط أو يقدِّم العتْق؟ فيه قولان، كما سنذكر في التبرعات المعلَّقة بالمَوْتِ.

القسم الثاني: التبرُّعات المعلَّقة بالموت، كالوصايا، وتعليق العتْق؛ فلا يقدَّم عتق

---

(١) أخرجه مسلم، والنسائي، وأبو داود، وزاد أن الرجل كان من الأنصار، وأنه قال: لو شهدته قبل أن يدفن، لم يقبر في مقابر المسلمين.

عبْدٍ على عتق غيره، ولا في غير العِتْقِ تبرُّعٌ على غيره، وإن تقدَّم بعض الوصايا، وتأخَّر بعضها، بل في العتق يُقْرَعُ، وفي غيره يقسَّط الثلث على الكلِّ؛ باعتبار القيمة، وفي العِتْق في هذا القِسْم وجه أنه لا يُقْرَعُ، بل يُقسَّط الثلث عليهم، وإنما القرعة من خاصِّيَّة العتْقِ المنجز؛ لوُرُودِ الخبر، وهذا الوجْهُ مذكورٌ في الكتاب في «باب العتق» والمذهب الأول، ثم ذلك عند إطلاق الوصية، أما إذا قال: أعتقوا سالماً بعد مَوْتي، ثم غانِماً، أوِ ٱدْفَعُوا إلى زيد مائةً، ثم إلَىٰ عمرٍو مائةً، فيقدَّم ما قدمه لا محالة، وإذا اجتمع في هذا القسم العتْقُ وغيره، فقولان:

أحدهما: يقدَّم العتقُ؛ لِمَا رُوِيَ عن ابن عُمَرَ ـ رضي الله عنهُما ـ أنه قال: يُبْدَأُ فِي الوَصَايَا بالعِتْقِ[1]، وعن ابن المسيِّبِ ـ رحمه الله ـ أنه قال: مَضَتِ السُّنَّةُ أَنْ يُبْدَأَ بِالعَتَاقَةِ في الوَصِيَّةِ، ولأن العتق أقوى؛ لتعلُّق حق الله تعالىٰ، وحق الآدمي به ولأن له سرايةً وقوةً ليست لغيره.

وأصحهما: التسويةُ: لما رُوِيَ عن ابن عُمَرَ[2] ـ رضي الله عنهما ـ أنه: «حكم الرجل أن يوصي بالعتق، وغيره بالتحاص[3]، ولأن وقْتَ لزومِ الجميع واحدٌ، وهذا في وصايا التمليك مع الوصية بالعتق، أما إذا أوصَىٰ للفقراء بشَيْءٍ، وبعتق عبد، قال في «التهذيب»: هما سواءٌ؛ لأنَّ كُلاً منهما قربةٌ. والذي أورد[ه] الشيخ أبو عليٍّ طرد القولَيْن؛ ٱعتماداً على أن سبب تقديم العتق ما له من القوة والسراية[4].

وإذا قلْنَا بالتسوية، فما يخص العبيد المعْتَقِينَ، إذا ضاق عنهم يُقْرَعُ بينهم فيه.

وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: إن كان في الوصايا الأمرُ بزكاةٍ واجبةٍ، أو حجٍّ تُقدَّم تلك الوصية علَىٰ سائر الوصايا، وإلاَّ، فيقدَّم ما ابتدأ به لفظاً.

القسم الثالث: إذا صدَرَتْ منه تبرعاتٌ منجَزةٌ وأخرَىٰ معلَّقة بالموت، تقدَّمت المنجَزةَ؛ لأنَّها تفيدُ المِلْك في الحال، ولأنها لازمةٌ، لا يتمكن المريضُ من الرجُوع عنها. وعن أبي حنيفة: أنه إذا أعتق، وأَوصَىٰ بالعتق، فهما سواء.

وقوله في الكتاب: «ولا يقدَّم العتق على الوصية بالعتق» المراد منه ما إذا علق عتق عبْد عند الموت، وأوصى بإعتاق آخر فلا يتقدم أحدهما على الآخر؛ لأن وقت استحقاقهما واحد، وقد اشتركا في قوة العتق.

---

(١) أخرجه البيهقي من حديث أشعث عن نافع عنه به موقوفاً.

(٢) في التلخيص: عمر.

(٣) أخرجه البيهقي من حديث مجاهد عن عمر قال: إذا كانت وصية وعتاقة تحاصوا، وفي إسناده ليث بن أبي سليم وهو ضعيف وأخرج مثله عن ابن سيرين. قاله الحافظ في التلخيص.

وفي «الشامل» وغيره وجه آخر؛ أن المدبر أولى بالعتق؛ لأنه يسبق الآخر من حيث إن الآخر يحتاج إلى إنشاء عتقه بعد الموت.

وقوله قبل ذلك: «وإن تقدمت هبة وإقباض»، بين بذكر «الإقباض» أن تقديم الهبة وحدها، غير كاف؛ لأن تمام الهبة بالقبض. حتى لو وهب، ثم أعتق أو حابى في بيع، ثم أقبض الموهوب تقدم العتق، أو المحاباة؛ لتأخر القبض عنهما. ولا تفتقر المحاباة الواقعةُ في بيعٍ ونحْوِه إِلَىٰ قَبْضٍ؛ لأنَّها في ضِمْن مُعَاوَضَةٍ.

وقوله: «لأن التشقيص في العتق محذورٌ أشار به إلى أن التشقِيص لا يفيد التخلُّص من الرق وأحكامه، والخَبَر المُجْمَلُ ذِكْرُهُ هو حَدِيثُ عِمْرَانَ ـ رَضِيَ اللَّه عنه ـ.

وفي تقديم الكتابة عَلى الهبات وسَائِرِ الوصايا طريقَانِ:

أشبههما: أنه على القولَيْن في تقدم العتق عليها.

والثاني: القطْعُ بالتسوية؛ لأنَّها ليس لها من القوة والسراية ما للعِتْق.

وأما قوله: «والكتابةُ محسوبةٌ من الثلث» فهذه المسألة أولاً ـ ليست من شرط الفصلَ، بل موضعُها الفَصْل السابق، ثم فقهها أنه إذا كاتب في مرضه عبداً أو أوصَىٰ بكتابته، تُعْتَبَرُ قيمته من الثلث، خلافاً لأبي حنيفة ـ رحمه الله إذا كاتبه على قَدْرِ القيمة أو أكثر.

واحتجَّ الأصحاب بأنَّ المكاتبَ تقابل ملكه بملْكِهِ، وهو كسبه فيَكُونُ تفويتاً على الورثة لا معاوضةً، وبتقدير أن يكونَ مُعَاوَضَةً، فالعوضُ مُؤَخَّر، فأشبه البيع نسيئةً، ولو كاتَبَ في الصحَّة، واستوفَى النجوم في المرض، لم تعتبر قيمته من الثُّلُث؛ لأنه بالكتابة كالخَارِجِ عن ملكه، ولو أعتقه في المرض، أو أبرأه عن النُّجوم، اُعتبر منَ الثُّلُثِ أقلَّ الأمْرَيْنِ، قيمته أو النُّجُومِ لأنه، إن كانت القيمةُ أقلَّ، فربما كان يُعْجِزُ نفسه، فيسقط النجوم، وإن كانت النجومَ أقلَّ، فربما كان يؤديها، فلا يحْصُلُ للوارث غيرها.

والاستيلادُ في المرض لا يُعْتَبَرُ من الثلث، كما يستهلكه من الأطعمة اللَّذِيذَة، والثياب النفيسة، ويُقْبَلُ إقرارُ المريض بالاستيلاد؛ لقدرته على الإنشاء، ولا يُعْتَبَرُ قيمتها من الثلث، وعند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ تُعتبر قيمتها من الثلث في صورة الإقرار، ولو قال لعَبْده: أنتَ حرٌّ قبل موتي بيوم، أو شهرٍ، ثم مرض، ومات؛ لم يعتبرْ من الثلث، وإن قَالَ: قبل مَوْتِي بشَهْرٍ، فإن نقَص مرَضَهُ عن شَهْر، فكذلك الجواب، وإلاَّ، فهو كما لو عَلَّق عتق عبْدٍ في الصحة، ووجدت الصفة في المَرَض، وفيه قولان.

فُرُوعٌ: قال في مرضه: سالِمٌ حرٌّ، وغانِمٌ حُرٌّ، وفائقٌ حُرٌّ، فهذا من صُوَر ترتيب التبرعات المنَّجزة، ولو قال: سالِمٌ، وغانمٌ، وفائقٌ، أحرارٌ، فهو من صور وقوعها دفعةً

واحداً، ولو علَّق عتقهم بالموت، أُقرِعَ بينهم، سواء قال: [إذا مت][1] فسالم حر وغانمٌ حرٌ، وفائقٌ حرٌ، أو قال: فَهُم أحرارٌ ولو قال: إذا مِتُّ، فسالمٌ حُرٌّ، وإن مِتُّ من مرضي هذا، فغانم حرٌّ، فإن مات من ذلك المرض، ولم يف الثُّلُثُ بهما، أُقْرِعَ بينهما، وإن برأ ومات بعده، بَطَل التدبيرُ المقيد، وعَتَقَ سالم [والله أعلم].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ كَانَ لَهُ عَبْدَانِ فَقَالَ لِغَانِمٍ: إِنْ أَعْتَقْتُكَ فَسَالِمٌ حُرٌّ ثُمَّ أَعْتَقَ غَانِمَاً وَالثُّلُثُ لاَ يَفِي إِلاَّ بِأَحَدِهِمَا تَعَيَّنَ غَانِمٌ لِلْعِتْقِ وَلاَ قُرْعَةَ فَإِنَّهَا إِنْ خَرَجَتْ عَلَىٰ سَالِمٍ فَكَيْفَ يُعْتَقُ وَلَمْ تُوجَدْ فِي حَقِّهِ الصِّفَةُ الَّتِي عُلِّقَ عَلَيْهَا عِتْقُهُ وَغَانِمٌ كَانَ السَّبَبَ وَسَالِمٌ كَانَ الْمُسَبَّبَ فَكَيْفَ يُقَدَّمُ الْمُسَبَّبُ عَلَى السَّبَبِ، وَإِذَا وَصَّىٰ بِعَبْدٍ هُوَ ثُلُثُ مَالِهِ وَثُلُثَا وماله غَائِبٌ لَمْ يَتَسَلَّطِ الْمُوصَىٰ لَهُ عَلَيْهِ، وَفِي تَسْلِيطِهِ عَلَىٰ الثُّلُثِ خِلاَفٌ (و)، وَوَجْهُ الْمَنْعِ مَعَ أَنَّهُ مُسْتَحِقٌّ بِكُلِّ حَالٍ أَنَّ حَقَّ الوَارِثِ أَن يَتَسَلَّطَ عَلَىٰ مِثْلَى مَا يَتَسَلَّطُ عَلَيْهِ الْمُوصَىٰ لَهُ وَهُوَ غَيْرُ مُمْكِنٍ هَهُنَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في الفصل مسألتان:

إحداهما: له عبدانِ؛ سالم، وغانم، فقال: إنْ أعتقتُ غانماً، فسالمٌ حرٌّ، ثم أعتق غانماً، في مرض موته، فإن خرجا من الثلث، عَتَقاً، وإن لم يخرُجْ إلاَّ أحدهما، ففيه وجه ضعيف، أنه يُقرَعُ بينهما، كما له قال: أعتقْتُكُمَا، والمذْهَبُ أنه لا يُقرَعُ، بل يتعيَّن للعتق غانم؛ لأنا لو أقرعنا، فربما تخرج القرعةُ علَىٰ سالم، فيلزم إرقاق غانم، وإذا رَقَّ غانم، لم يحصل شرط عتق سالم، وبعضهم يقول في التوجيه: إن عِتْقَ سَالِمٍ مرتَّبٌ على عِتْقِ غانِم، والأسبق أولَىٰ بالنفوذ، لكن سيأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ في «أبواب الطلاق» أن مثْل هذا الترتيب لا يقْتَضِي سبقاً زمانياً وإنما تثبت الأولويةُ لما هو أسبق إذا سبق بالزمان، فالتوجيه الأول أوضَحُ.

ولو قال: إن أعتقتُ غانماً، فسالمٌ حرٌّ في حال إعتاقي غانماً، ثم أعتق غانماً في مرَضهِ، فالجواب كذلك، ولا فرْقَ، وعلى هذا؛ لو قال: إنْ أعتقتُ غانماً، فسالمٌ وفائقٌ حُرَّانِ، ثم أعتق غانماً، والثلثُ لا يَفي إلاَّ بأحدهم، تعيَّن للعتق غانم، ولا قرعةَ، وإن فَضَل من الثلث شيءٌ أُقْرِعَ بيْن الآخرَيْنِ، فمن خرجَتْ له قرعةُ الحرِّيَةِ، عَتَقَ كلُّه، إن خرج كلُّه، وبعضُه، إن لم يخرج إلاَّ بعضُهُ، وإن كان يخرج أحد الآخرَيْن من الثلث بعْض [الثالث][2] فالذي خرجَتِ القرعةُ له، يُعْتَقُ كلُّه، ويُعْتَقُ من الآخَر بعضه.

ولو قال لعبده: إن تزوَّجتُ، فأنتَ حُرٌّ، ثم تزوج في مرض الموت، فقد ذكرنا

---

(١) سقط في: أ، ز.

(٢) في ب: المال.

أن مَهْر المثل محسوبٌ من رأس المال، وأن الزيادة من الثلث، وإن اقتضى الحالُ تنفيذ الزيادة على مهر المثل، نُظِرَ؛ إن خرجَتِ الزيادةُ، وقيمة العبد من الثلث، نفذ، وإلاَّ، فيقدَّم المهر، كذا ذكره توجيهاً بأن المَهْر أسبقُ، فإنه يجب بالنكاح، ثم يترتَّب عليه العتْقُ، لكن قضية قولنا: إن المرتَّب، والمرتَّب عليه يقعان معاً، ولا يتلاحَقَانِ من حيثُ الزَّمانُ ألاَّ يتقدَّم أحدهما على الآخر، بل يُوَزَّع الثلث على الزيادة، وعلى قيمة العبد.

وقد صرَّحوا بأنه لو قال: إن تزوَّجْتُ، فأنتَ حُرٌّ في حال تزويجي، أنه يُوزَّعُ الثلث كذلك؛ لأنه لا يترتب فكذلك عند الإطلاق، إذا لم يكن ترتيب زمانيٌّ، ثم الفرْقُ بين التعليق، بالتزويج، وبيْن مسألة العبْدَيْنِ، حيث لا يوزع هناك، كما لا يُقْرَعُ أنَّ العِتْق ها هنا معلق بالنكاح، والتوزيع لا يَرْفَعِ النكاح، ولا يقدح فيه، وهناك عِتْقُ سالم معلَّقٌ بعتق غانم كاملاً، وإذا وزَّعنا، لا يُكْمَلُ عتق غانم، فلا يمكن إعتاق شيء من سَالِمٍ.

ولو قال لجاريته الحامل: إن أعتقتُ نصْفَ حَمْلِكِ، فأنتِ حرَّةٌ، ثم أعتق نصْفَ حملها في مرض موته، فقضيَّته عِتْق ذلك النصف سرايته إلى النصف الآخر، وعتق الأم بسبب التعليق، فإن خرجا من الثلث، عَتَقَا جميعاً، وإن لم يخرُج من الثلث مع النصف المعتق إلا الأم، أو النصف الآخر [كما إذا كان جميع ماله ثلاثمائة، والأم منها خمسون والولد مائة فيقرع بين الأم والنصف الآخر][1] فإن خرجت على [النصف] الآخر عَتَقَ جميع الولد فإن خرَجَتْ على الأم، لم تُعْتَقْ كلُّها؛ لأن الحمل في حُكْم جزء منها يتبع عتقَهُ عُتْقُهَا فتُوزَّع قيمة الثلث، وهي خمسون، على الأم، وعلى النصف الباقي بالسوية؛ فيعتق من الأم نصفها، ومن النصف الباقي نصفُهُ، فيكون ثلاثةُ أرباعه حراً، ولو كانت الصورةُ كما ذكرنا إلاَّ أن قيمة الأم أيضاً مائةً، وخرجَتِ القرعةُ على الأم، وُزِّعَ الخمسون علَيْها، وعلَى النصف الباقي أثلاثاً؛ فيعتقُ منْها ثلثُهَا، وهو ثلث الخمسين، ومن النصف الباقي ثُلُثه، وهو ثُلُث الخَمْسِينَ، وسدُسُ الجُمْلَةِ، فيكون الحرية من الأم الثُّلثَ، ومن الولد الثُّلُثَيْنِ.

المسألة الثانية: إذا أوصَىٰ بعبد، أو ثَوْبٍ يخرج من ثلث ماله، وباقي ماله غائب، لم يُدْفَع كلُّه إلى الموصَىٰ له، ولم يسلط على التصرُّف فيه، ما لم يحضر من المال الغائب ما يخرج الموصى به من ثلثه؛ لأن ما يحصل للموصَىٰ له ينبغي أن يحْصُل للوارث مثلاه وربما يتلف المالُ الغائبُ وهل يتسلط الموصَىٰ له على التصرُّف في ثلثه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن استحقاقه لهذا القَدْر مستيقنٌ.

---

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

وأصحهما: المنع؛ لأن تسليط الموصَىٰ له يتوقَّف على تسليط الورثة على مِثْلَيْ ما تسلَّط عليه، ولا يمكن تسليطهم على الثُّلُثَيْنِ؛ لأنه ربما يسلم المال الغائب، ويخلص الموصَىٰ به للموصَىٰ له، فكيف يتصرَّفون فيه؟ فلو أنهم تصرَّفوا في ثُلُثَيْ الحاضر، قال أبو الفرج السرخسيُّ في «الأمالي»: إن بَانَ هلاكُ المالِ الغائِبِ، فتبيَّن نفوذُ تصرُّفهم؛ ولك أن تقول: وَجَبَ أن يخْرُجَ ذلك على وقْف العقود[1].

قال: وإن سلم، وعاد إليهم، فتبين بطلان التصرُّف. أم لا؟ ويُغرَّم للموصى له الثلثين؟ فيه وجهان؛ الثاني منهما ضعيف.

واعلم أنَّ هَذَا الْوَجْهَ الثَّانِيَ قَرِيبٌ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ ـ رحمه الله ـ: إنَّ الْوَرَثَةَ يتمكَّنُونَ مِنْ خَلْعِ الْوَصِيَّةِ فِي العَينِ المُوصَىٰ بِهَا، وجعلها شائعة في ثلث المال.

ولو أعتق عبداً، هو ثُلُث ماله، أو دَبَّرَهُ، وباقِي مالِهِ غائبٌ، ففي نفوذ العتق والتدبير في ثلثه الخلافُ المذكورُ في الوصيَّة، هكذا ذكره في «الوسيط» وغيره، وسيأتي في التدبير، وقد يستبعد التردُّد في حصُول العِتْق في الثلث، فإنَّ المال الغائب إمَّا باقٍ، فجميعُهُ حُرٌّ أو هالكٌ، فالثلثُ حُرٌّ، بل الوجه الجزْمُ بالوصيَّة أيضاً بإثبات الملك في الثلث، ورد الخلاف إلى أنه، هل ينفذ تصرُّفه فيه، أو يُمْنَعُ من التصرُّف إلى أن يتسلط الوارثُ على مثليه، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرُّكْنُ الرَّابعُ: الصِّيغَةُ وَلاَ بُدَّ مِنَ الإِيجَابِ وَهُوَ قَوْلُهُ: أَوْصَيتُ أَوْ أَعْطُوهُ أَوْ جَعَلْتُهُ لَهُ، فَإِنْ قَالَ: هُوَ لَهُ فَهُوَ إِقْرَارٌ يُؤَاخَذُ بِهِ إلاَّ أَنْ يَقُولَ: هُوَ مِنْ مَالِي لَهُ، وَلَوْ قَالَ: عَيَّنْتُهُ لَهُ فَهُوَ كِنَايَةٌ فَيَنفُذُ مَعَ النِّيَّةِ، وَالقَبُولُ شَرْطٌ (و)، وَلاَ أَثَرَ لَهُ فِي حَيَاةِ المُوصِي، وَلاَ يُشْتَرَطُ الفَوْرُ بَعْدَ المَوْتِ، وَإِنْ مَاتَ المُوصَىٰ لَهُ انْتَقَلَ حَقُّ القَبُولِ وَالمِلْكِ إِلَىٰ الوَارِثِ، وَإِنْ أَوْصَىٰ لِفُقَرَاءِ وَمَنْ لاَ يَتَعَيَّنُ لاَ يُشْتَرَطُ القَبُولُ، وَالمُعَيَّنُ إِنْ رَدَّ بَعْدَ القُبُولِ وَقَبْلَ القَبْضِ فَفِي نُفُوذِهِ خِلاَفٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الكلامُ في «الصيغة» في طَرَف الإيجاب، ثم في القُبُول:

أما الإيجابُ، فلا بد منه، وذلك بأن يقول: أوصيتُ له بكذا، أو أعطُوه، أو ادْفَعُوا إليه بعْد موتي كذا، أو هُوَ له، أو جعلْتُهُ له بعد موتي، أو ملَّكته، أو وهبته منه بعد موتي، أما إذا اقتَصَرَ علَىٰ قوله: وهبت منه، ونوى الوصيَّةَ، فأظهر الوجْهَيْن: أنه لا يكون وصيةً؛ لأنه أمكن تنفيذه في موضوعه الصريح، وهو التمليك النَّاجِزُ.

---

(١) قال النووي: بل ينبغي تخريجه على القولين فيمن باع مال أبيه ظاناً حياته فبان ميتاً والله أعلم.

ولو قال: هُوَ لَهُ؛ فهذا إقرارٌ يُؤاخَذُ به، ولا يجعل كنايةً عن الوصية، إلاَّ أن يقول: هو له من مالي، أو يقولَ: عبدي هذا لفلانٍ، فيصح كنايةً عن الوصية؛ لأنه لا يَصْلُح[١] إقراراً.

ولو قال: عينته له، فهذا كناية؛ لأنه لا يحتمل التعيين للتمليك بالوصية، والتعيين للإعارة، والإفهام في الحال، فلا يَنْصَرِفُ إلى الوصية إلاَّ بالتعيين.

وقوله في الكتاب «تنفذ مع النية» فيه وفي كلام الإمام وغيره إشعارٌ بأن الوصيَّة تنعَقِدُ بالكنايات جزماً، وأنه لا يجيءُ فيه الخلافُ المذكورُ في البيع ونَحْوه، ووُجِّهَ ذلك بأنا ذكَرْنا في أول «البَيْع» أن ما يَقْبَلُ مقصودُهُ التعليقَ بالإغرار كالكتابة، والخُلْع ـ ينعقد بالكناية مع النية، والوصيَّةُ في نفسها تَقْبَلُ التعليقَ بالإغرار[٢] فأولَىٰ أن تنعقد، ولأنها إذا قبلت التعليق بالإغرار، فَلأَنْ تَقْبَلَ الكنايات أولَىٰ، وبأن الوصية لا تفتقر إلى القبول في الحال، فيشبه ما يستقلُّ به الإِنسان من التصرُّفات.

ولو كتب: إنِّي أوصيتُ لفلان بكذا، قال في «التتمة»: لا ينعقد، إذا كان الشخْصُ ناطقاً، كما لو قيل له: أوصيتَ لفلان بكذا، فأشار أن نَعَمْ[٣].

ولو وُجِدَ له كتابُ وصيةٍ بعد موته، ولم يَقُمْ بينة علَىٰ مضمونه، أو كان قد أشهد جماعةً أن الكتاب خَطِّي، وما فيه وصيَّتي، ولم يُطْلِعْهم على ما فيه، فجواب عامة الأصحاب أنه لا تَنْفُذُ الوصيةُ بذلك، ولا يُعْمَلُ بما فيه حتى يشهد به الشهودُ مفصلاً، وذكر أن نَصْرَ بن أحْمَدَ من أُمَرَاء خُرَاسَانَ أراد أن يُوصِيَ، ولا يُطْلِعَ علَىٰ وصيته أحداً، فشاور العلماء، فلم يُفتُوا له بذلك، إلاَّ محمد بن نَصْرِ المَرْوَزِيَّ، فإنه قال فيما روى الإمامُ، والمتولِّي: يَكْفِي الإشهادُ عليه مبهماً، وفيما روى أبو الحسن العَبَّادِيُّ أنه يكفي

---

(١) قال في الخادم: كلام النووي في المنهاج مصرح بأنه تصريح، فإنه عده مع الصرائح، وذكر حكم الكناية بعده، والعجب أن كلام المحرر يقتضي أنه كناية أيضاً وقد احتج بعض المتأخرين إلى الصراحة على وفق ما في المنهاج.

قال: ونص الشافعي في مسألتين يقتضي أنه صريح، والظاهر أن الحامل للرافعي على ذلك قول الوجيز فهو إقرار إلا أن يقول من مالي، وفي الوسيط لو قال هذا لفلان ثم قال: أردت الوصية فيقبل قوله إنه أراد الوصية إلى آخر ما ذكره.

(٢) قضيته الجزم بما قاله في التتمة وهو مخالف لجزم النووي في المنهاج بأن الكتابة كناية على أن الرافعي بعد ذلك أبدى انعقادها بالكتابة بحثاً قال: لأنها بمثابة الألفاظ سبق في البيع ذكر الخلاف في انعقاد البيع ونحوه بها، فإذا كتب وقال: نويت الوصية لفلان، أو اعترف ورثته به بعد موته، وجب أن يصح.

(٣) تقدم.

الكتاب من غير الإِشهاد، واحتج بقوله ﷺ: «إِلاَّ وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ» أشعر ذلك بٱعتبار الكتابة.

واعلم أن انعقاد الوصيَّة بالكتابة ليس ببَعيدٍ، وإِن استبعَدَهُ؛ لأن الكتابة [بمثابة] كنايات الألفاظ، وقد سبق في «البيع» ذِكْرُ الخلاف في انعقاد البيع ونَحْوه بالكناية، وذكرنا الآن أن الوصيَّة أشدُّ قبولاً للكنايات، فإذا كتب وقال: نويتُ الوصيَّة لفلانٍ أو اعترف الورثةُ به بعد موته، وَجَبَ أنْ يصحَّ.

ولو اعتقلَ لِسَانُهُ، صحَّت وصيته بالإشارَةِ والكتابةِ، وقد رُوِيَ أن أمامة بِنْتَ أبي العَاص أُصْمِتَتْ، فقيل لها: لفلانٍ كذا، ولفلانٍ كذا، فأشارتْ أنْ نَعَمْ، فجُعِلَ ذلك وصيةً[1].

وأما القبول، فإن كانت الوصيةُ لغَيْر مُعَيَّنٍ؛ كالفقراء والمساكين، لزمت بالموت، ولم يُشْتَرطْ فيها القبول، وإن كانت الوصية لمُعَيَّنٍ، فلا بُدَّ من القبول، كما في الهبة، ويجيء فيه خلافٌ من قولٍ، سنذكره في أن الموصَىٰ به يُمْلَكُ بالموت، فإن صحة الوصية على هذا القول مستغنيةٌ عن القُبُول.

ولا يصحُّ قبول الوصية، ولا ردُّها في حياة الموصي وله الردُّ، وإن قَبِلَ في الحياة وبالعكس، وذلك لأنه لا حَقَّ له قبل الموت؛ إذْ هي إيجابُ مِلْكٍ بعد الموت، فأشبه إسقاط الشفعة قبل البيع، وعن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنه إذا قبل في الحياة لم يكن له الرد بعد الموت [وإذا رد في الحياة، كان له القُبُول بعد الموت، ولا يشترط القبول في الفور بعد الموت وإنما][2]. يُشْتَرَطُ ذلك في العقود الناجزة، التي يُعتَبَرُ فيها ارتباطُ القَبُول بالإيجاب، ثم للردِّ بعد الموت أحوال.

أحدها: أن يقع قبل القبول، فترتد الوصية، ويستقر المِلْكُ للورثة، إن كان الموصىٰ[3] به عَيْنَ مالٍ أو منفعته، فالعين للورثة، ولو أوصَىٰ بالعين لواحدٍ، وبالمنفعة لآخر، فردَّ الموصَىٰ له المنافع، فهي للورثة، أم للموصَىٰ له الآخَرِ؟ فيه وجهان؛ **أشبههما**: الأول، ولو أوصَىٰ بخدمة عبد لإنسانٍ سنَةً، وقال: هو حرٌّ بعد سنة، فرد الموصَىٰ له، لم يعتق قبل السنة، خلافاً لمالك ـ رحمه الله ـ.

الثانية: أن يقع بعد القَبُول وقَبْض الموصَىٰ له، فلا تصحُّ، فإن رضي الورثةُ، فهو ابتداءُ تمليكٍ إِيَّاهُم.

---

(١) ذكر القاضي أبو الطيب والبندنيجي وغيرهما أنه يدخل ملك الوارث من حين الرد فتقطن له. فإن عبارة الرافعي توهم خلافه.

(٢) سقط في: أ، ز.

(٣) في ب: المولى.

والثالثة: أن يقع بعد القَبُول وقبل القبض، ففيه وجهان:

أحدهما: صحةُ الرَّدِّ؛ لأنه تمليكٌ من آدميٍّ بغير عوض، فيصح ردُّه قبل القبض، كالوقْف ويُحْكَىٰ هذا عن ظاهر نصه في «الأم».

وأظهرهما: المنع لأن الملك حاصلٌ بعد القبول، فلا يرتفع بالردِّ، كما في البيع، وكما بعد القبض، فإذا قال الموصَىٰ له: رددتُ الوصية لفلان، يعني أحد الورثة، فعن «الأم» أنه إن قال: أردت لرضاه، كان رداً على جميع الورثة، وإن قال: أردتُ تخصيصه بالردِّ عليه، فهو هبة له خاصَّة.

قال الأئمة ـ رحمهم الله ـ: وهذا مفرَّع على تصحيح الردِّ بعد القبول، وإلاَّ فما، لا يملكه لا يمكنه أن يملكه غيره، ثم لم يُعتَبَر لُفظ الهبة والتمليكِ، وقال القاضي أبو الطيب ـ رحمه الله ـ: لا بدَّ منه، وهو القياسُ، ولو مات، ولم يبيِّن ما أراده، جُعِلَ رداً علَىٰ جميع[1] الورثة، وإذا لم يقبل الموصَىٰ له، ولم يُرِدْ، فللوارث مطالبته بأحَدِ الأمرين، فإن امتنع، حُكِمَ عليه بالرد.

ولو مات الموصَىٰ له قبل موت الموصِي، بَطَلَتِ الوصية، ولو مات بعد موته، قام وارثه مَقَامَهُ في القَبُول والرد.

وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: تلزم الوصية بموته، ويجُوزُ أن يُعْلَم؛ لذلك قوله: «انتقل حقُّ القبول» بالحاء؛ واحتج الأصحاب بأن وارث الموصَىٰ له فَرْعٌ له، فإذا لم يَملِكِ الأصل بغَيْر قبول، فالفرع أولَىٰ، ولفظ «الملك» في قوله: «انتقل حق القبول والملك» يريد به حقَّ التمليك، ويجوز أن يُحْمَلَ على نفس الملك، تفريعاً علَىٰ أن الموصَىٰ به يملك المَوْتِ.

---

(١) قال في الخادم فيه أمور:
أحدها: قضية أن الشافعي أطلق النص والحمل للأصحاب وهو في ذلك متابع لصاحب الشامل وليس كذلك فقد قال الشافعي في الأم في باب الوصية للرجل وقبوله ورده ما نصه: ولو قبلها ثم قال: قد تركتها لفلان من بين الورثة أو كان له على الميت دين فقال: قد تركته لفلان من بين الورثة قبل قوله تركته لفلان، يحتمل معنيين أظهرهما تركته تشفعاً لفلان أو تقرباً إليه. فإن كنت أردت فهذا هو متروك للميت بين ورثته كلهم وأهل وصاياه ودينه كما ترك، وإن مات قبل أن يسأل فهو هكذا؛ لأن هذا أظهر.
الثاني: ما حكاه عن القاضي قال: إنه القياس ممنوع، بل النقل والقياس على الصحة، وإن لم يوجد لفظ الهبة ولا التمليك أو النقل فكلام الشافعي السابق مصرح بانعقاد الهبة بالكنايات.
الثالث: لم يبين أي الإرادتين أظهر وفي كلام الشافعي أن الأولى أظهر، ولهذا فرع عليه أنه إذا مات قبل البيان حمل عليه كما جزم به الرافعي أخيراً.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَالأَصَحُّ (ح م) مِنَ الأَقْوَالِ أَن المِلْكَ قَبْلَ القَبُولِ مَوْقُوفٌ، فَإِنْ قَبِلَ تَبَيَّنَّا المِلْكَ مِنْ وَقْتِ المَوْتِ، وَإِنْ رَدَّ تَبَيَّنَّا ٱلانْتِقَالَ إِلَىٰ الوَرَثَةِ بِالمَوْتِ، وَيُمَلَّكُ بِالمَوْتِ فِي قَوْلٍ ثَانٍ (ح)، وَبِالقَبُولِ فِي قَوْلٍ ثَالِثٍ، وَنَتَوَقَّفُ فِي أَحْكَامِ المِلْكِ كَمَا تَوَقَّفْنَا فِي المِلْكِ كَالزِّيَادَةِ الحَادِثَةِ وَالنَّفَقَةِ وَزَكَاةِ الفِطْرِ وَالمَغَارِمِ وَٱنْفِسَاخِ النِّكَاحِ إِنْ كَانَ المُوصَىٰ بِهِ زَوْجَةَ الوَارِثِ أَوِ المُوصَىٰ لَهُ وَالعِتْقِ إِنْ كَانَ قَرِيبَ المُوصَىٰ لَهُ أَوِ الوَارِثِ، وَلَوْ كَانَ المُوصَىٰ بِهِ ٱبْنَ المُوصَىٰ لَهُ وَمَاتَ قَبْلَ القَبُولِ وَقَبِلَ أَخُوهُ الوَارِثُ عَتَقَ ٱلابْنُ بِطَرِيقِ التَّبْيِينِ مِنْ وَقْتِ (و) مَوْتِ المُوصِي، ثُمَّ لاَ يَرِثُ إِذْ فِي تَوْرِيثِهِ حَجْبُ الأَخِ وَإِبْطَالُ قَبُولِهِ فَفِي تَوْرِيهِ إِبْطَالَ تَوْرِيثِهِ، وَكَذَا إِنْ كَانَ القَابِلُ ٱبْنَ المَيِّتِ إِذْ يَرْتَدُّ حَقُّهُ إِلَىٰ القَبُولِ فِي النِّصْفِ وَمَنْ نِصْفُهُ حُرٌّ لاَ يَرِثُ أَيْضاً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَتَىٰ يملك الموصَىٰ له الموصَىٰ به؟ فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: عن رواية ابن عبد الحَكَم المِصْرِيِّ، وأبي ثَوْرٍ: أنه يُمْلَكُ بالموت؛ لأنَّ ٱستحقاقه يتعلَّق بالموت، فأشبه المِيرَاثَ.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة، ويروىٰ عن مالك، وأحمد ـ رحمهم الله ـ أنه يُملَكُ بالقبول؛ لأنه تمليكٌ بعقد، فيتوقَّف الملك فيه على القَبُول، كما في البيع ونحوه، وعلى هذا فالملكُ قبل القبول، للوارث أو يبقى للميت؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: الأول، والثالثُ، وبه قال المزنيُّ، وهو الأصحُّ، أنا نتوقَّف في الحال، فإن قَبِلَ، تبيَّنَّا أنه مِلْكٌ من يوم الموت، وإلاَّ، تبيَّنَّا أنه كان ملكاً للوارث من يومَئِذٍ؛ لأنه لو ملك بالمَوْتِ، لما ٱرْتَدَّ بالرد، كالميراث، وبتقدير أن يرتدَّ، وجب أن يكون انتقالُه إِلَيْهِمْ بحسب الهبة[1] منهم، لا بحَسَب الإرث من الموصِي، ولو ملك بالقَبُول، فإما أن يكون قبل القُبُول للميت، واستمرار الملك مع المَوْت بعيد أو للوارثِ، وحينئذ، فالموصَىٰ له يتلقَّى الملك عن الوارث، لا عن الموصِي، وهو بعيدٌ أيضاً. وأيضاً، فالإرث يتأخَّر عن الوصايا، كما قال تعالى: **﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوْصِيَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾** [النساء ـ ١٢] وإذا بطَلَ الجزمُ بالأقسام، وجب التوقُّف ولو أوصَىٰ بعتق عبْدٍ معيَّنٍ بعد موته، فالملك في العبد إِلَىٰ أن يُعْتَقَ للوارث، ولا يُجْعَلُ على الخلاف، وفَرَّقُوا بأن الوصيَّة تمليك للموصَىٰ له، فيبعُدُ الحكم بالملك لغَيْر مَنْ أوجب له الملك،

---

(١) سقط في: ز.

والعتق ليس بتمليك. ثم يتفرَّع على الأصل المذْكُور مسائل:

أحدها: كسبُ العبدِ، وثمرةُ الشَّجَرة، وسائرُ زوائدِ الموصَىٰ به، إن حصَلَتْ قبل موت الموصي، فهي له، والوصيَّةِ لا تتناولُهَا، وإن حصَلَتْ بعده، وبعد القبول، فهي للموصَىٰ له، وإن حصَلَت بعد موته، وقَبْلَ القبول، فإن قلنا: إنَّ الملك يحْصُل بالموت، فهي للموصَىٰ له، قَبِلَ الوصيةَ أوردَّها، وفيما إذا ردَّها وجْهٌ: أن الزوائد ترتدُّ أيضاً؛ لأنه تبين أن سبب الملك لم يستقرّ.

وإن قلنا: يحصُلُ بالقبول، فلا تكون الزوائدُ للموصَىٰ له، قَبِلَ الوصيَّةَ أو رَدَّهَا، لأنها حدَثَتْ قبل حصول ملكه، وفيما إذا قبلها وجهٌ: أنها تكون للموصَىٰ له؛ لأن حقَّ التمليك من وقْت المَوْت، فهي حادثةٌ على محلِّ حقه، وإن قلْنا: بالتوقُّف، فهي موقوفةٌ أيضاً، إن قَبِلَ الوصية، فهي له، وإلاَّ، فلا.

وحيث قلْنا: إنَّ الزوائدَ ترتدُّ فإلَىٰ مَنْ ترتدُّ؟ فيه وجهان:

أحدهما: إلى المُوصِي، حتى تكونَ من جملةِ تَرِكَاتِهِ، يقضي منها ديونه، وتنفذ وصاياه، كالأصل.

وأصحُّهما: أنها تكون للوارث؛ لحدوثها بعد زوال مِلْك الموصِي؛ وعلى هذا الخلافِ ولَدُ الجارية، ونتاج [البهيمة][1] الموصَىٰ بهما، ويتعلَّق بها تفاصيلُ وأحكامٌ أُخَر نذكرها موضَّحَة على الأثر ـ إن شاء الله تعالَىٰ ـ.

ومنها: فطرة العبد الموصَىٰ به، إذا وقع وقْتُ وجوبها بين المَوْت والقُبُول، على من تجب يخرج، على هذا الخلاف. وقد أوردناه في «زكاة الفطرة».

وقوله في الكتاب «والمغارم» أراد به النفقة والمؤنَ المُحْتَاج إلَيْها بين الموت والقُبُول، وحكمها حكم الفِطْرة؛ وذَكَرَ في «الوسيط»؛ أنها على الموصَىٰ له، إن قَبِلَ عَلىٰ كلِّ قول، وعلى الوارث، إن ردَّ على كلِّ قول، ولا يعودُ فيها الوجهُ المذكور في الزيادات، وإن كان يُحْتَملُ أن يقال: الغُرْمُ في مقابلةِ الغنم؛ لكن إدخال شيء في الملك قهراً هو أهونُ من التزام مؤنة قهراً، هكذا قاله، لكن فيما قدَّمناه في «زكاة الفطر» طَرْد ذلك الوجه. والله أعلم.

وإذا توقَّف المُوصَىٰ له في القَبُول أو الرد، أُلْزِمَ النفقة، فإن أراد الخلاصَ ردَّه.

ومنْها: إذا كان قد زَوَّج أمته من حرٍّ، وأوصَىٰ له بها، فإن ردَّ الوصية، استمرَّ النكاح، إلاَّ إذا قلنا: إن الموصَىٰ له يَمْلِكُ بالموت، فينفسخ النكاح من يوم الموت،

---

(١) في ب: الدابة.

وإن كان المِلْكُ ضعيفاً؛ لأن الملك والنكاح لا يجتمعان، وإن قَبِلَ انفسخ، ويكون الانفساخ من يوم القَبُول، إن قُلْنَا: إنَّ الملك يَحْصُلُ بالقبولُ من يوم المَوْت، على سبيل التبيين، إن قلنا بالتوقُّف.

وإن كان قد زوَّجَهَا من وارثه، ثم أوصَىٰ بها لغيره، فإن قَبِلَ الموصَىٰ له الوصيَّةَ، استمر النكاح، إلاَّ إذا قلنا: إنَّ الملك يحصُلُ بالقبول؛ وإنه قبل القبول للوارث، فيه وجهان:

أظهرهما: الانفساخُ، ووجه الثاني أن الملْكَ ضعيفٌ يتعلَّق باختيار الغير، بخلاف جانب الموصَىٰ له، على أن صاحب «التتمة» أشار إِلَىٰ وجهٍ هناك أيضاً [وإن در، انفسخ النكاح، وفي استناد الفسخ إلى حالة الموت لضعف الملك][1]، هذا الخلاف، هذا إذا خرجَتِ الأَمَةُ من الثُّلث، فإن لم تخْرُج، ولم يُجِزِ الورثة، انفسخ النكاح؛ لدخول شيء مما يَزيدُ على الثلث في ملْك الزوج، وإن أجازوا، وقلْنا: يحصل الملك بالموت، أو قلْنا بالتوقُّف، فهل ينفسخ؟ إن قلْنا: إنَّ إجازتهم تنفيذٌ لما فعله الوصيُّ، وإن قلنا: ابتداءُ عطيةٍ، فنعم؛ لكونها في مِلْكِهِمْ إلى أن أعطوه.

ومنها: أوصَىٰ بجاريةٍ، فولَدَتْ؛ فإما أن تلد قبل موت المَوصَىٰ له، أو بعده؛ فهذه ثلاثة أقسام:

القسم الأول: إذا ولدت قبل موت الموصِي، فَيُنْظَرُ؛ إنْ تَقَضَّي أقلُّ مدة الحَمْل من يومِ الوصيَّة، وهي ستة أشهر، فالولدُ غَيْرُ متناوَلٍ بالوصية؛ لأن حدوثه بعد الوصيَّة مُحْتَمَلٌ، والأصلُ عدَمُ الحمل. [يومئذ،] فلا يُجْعَلُ الموصَىٰ به بالشَّكِّ، والاحتمال، وإن لم ينقص، عُلِمَ وجوده يوم الوصية، فيبنى على الخلاف في أنَّ الحمل، هل يُعْرَفُ، ويُعْطَىٰ حكماً قبل ٱلانفصال؟ إن قلنا: لا، فإنما النظَرُ إِلَىٰ حالة الانفصال؛ فالولد غير متناوَلٍ أيضاً، بل هو زيادةٌ حدثت في ملك الموصِي، فيكون لورثته، وإن قلنا: نعم، فهو كما لو أوصَىٰ بالجارية، وولدها بعد ٱلأنْفِصَالِ، فيُنْظَرُ؛ أيقبلهما الموصَىٰ له، أم يردُّهما، أم يقبل أحدهما دون الآخر؟

وفي هذه الحالة مزيد بحث، موضُعُه أول الباب الثاني عنْد قوله: «وعند الإطلاق هل يتناول الحَمْل باسم الجارية؟ فيه خلاف».

وإذا كان الموصَىٰ له زوْجَ الجارية، وقَبِلَ الوصية في الوَلَد، عَتِقَ عليه بالملك، وله ولاؤُهُ ولا تصير الجاريةُ أمَّ ولدٍ له؛ لأنها علقت منه برقيق.

---

(١) سقط في: ز، أ.

القسم الثاني: أن تَلِدَ منه بعد مَوْت المُوصِي، وقبل قبول المُوصَىٰ له، فإما أن تلد بعد انقضاء أقل من مدة الحمل من يوم موت الموصِي، أو قبله وحينئذ إما أن تلد بعد انقضاء هذه المدة من يوم الوصية، أو قبلها فهذه أحوال ثلاث.

إحداها: إذا ولَدَتْ بعد انقضاء أقلِّ مدة الحمل مِنْ يوم الموت، فالولَدُ غير موصًى به؛ لاَحتمال حدوثه بعْدَ الموت، إن كان الموصَىٰ له زوْجَ الجارية، بُنَى حكم الولد علَىٰ أَن الوصيَّة، بم تُمْلَكُ؟ إن قلْنا بالقبول، وإنَّها قبل القبول لورثة الموصِي، فالولدُ لَهُمْ، لا إرْثاً عن الميت، بل لحدوثه من [مللهم][1]، وإن قلْنا تمليك بالموت، أو توقفنا، فَقبِلَ، فيكون العلوق في ملك الموصَىٰ له، فينعقد الولدُ حرّاً، لا ولاء علَيْه؛ وتكون، الجاريةُ أمَّ ولدٍ له.

الثانية: إذا ولدتْ قبل أقلِّ مدة الحمل من يوم المَوْت، وبعد انقضاء هذه المدة من يوم الوصية، فهذا لا يجوز أن يكون حدوثُهُ بعد الموت، ويجوز أن يكون بعد الوصيَّة، فيجعل كأنه حَدَثَ بعْدها، فإن قلنا: الحملُ يُعْرَفُ، فالولدُ زيادةٌ حدثَتْ في ملك الموصِي، فهو له ولورثته بعده، وإنْ قلنا: لا يُعْرَفُ، ولا يعطَىٰ حكماً، فينبني على أن الوصيَّة، بم يُمْلَكُ؟ إن قلنا بالقبول، وإنها للورثة قبل القَبُول، فالولد حادث في ملكهم، وإن قلنا بالموت أو توقَّفنا، وكان الموصَىٰ له زوج الجارية، فَقَبِلَ، عَتَقَ الولدُ عليه بالمِلْك، وله الولاءُ، ولا تصير الجاريةُ أمَّ ولدٍ له؛ لأن العلُوقَ حَصَلَ وهو مملوك.

الثالثة: إذا ولدَتْ قبل انقضاء مدة الحمل من يومَي الموت والوصيَّة جميعاً، فإن قلْنا: الحمل يُعْرَفُ، فكأنه أوصَىٰ بالجارية والحملِ جميعاً، وإلاَّ، فعلَى الخلاف في أنَّ الوصيَّة، بم تُمْلَكُ؟ على ما ذكرنا في الحالة الثانية.

القسم الثالث: أن تَلِدَ بعد الموت والقبول، فله أحوال:

إحداها: أن تَلِدَ بعد انقضاء أقلِّ مدة الحمل من وقت القبول، فالولدُ للموصَىٰ له، وإن كان الموصَىٰ له زوج الجارية، انْعَقَدَ الوَلَدُ حُرّاً، وصارت الجاريةُ أمَّ ولدٍ له.

والثانيَةُ: أن تَلِدَ قبل انقضاء هذه المدَّة من وقْت القبول، وبعد انقضائها من وقْت المَوْت، فإن قلْنا: إنَّ الوصيَّة تُمْلَكُ بالموت، أو توقَّفنا فقَبِلَ فالحكم كما في الحالة الأولَىٰ. وإن قلنا: تُملَك بالقبول، وإنها قبل القبول للورثة، فإن قلنا: إنَّ الحمل يُعْرَفُ، فهو زيادةٌ في ملك الوَرَثَةِ، وإلاَّ، فللموصَىٰ له، وإذا كان الموصَىٰ له زوْجَ

---

(١) في ز: ملكه.

الجاريةَ، عَتَقَ الولدُ عليه، ويثبت له الولاءُ، ولا تصير الجاريةُ أمَّ ولد.

والثالثة: أن تَلِدَ قبل انقضاء هذه المدة مِنْ وقْت القبول والمَوْتِ جميعاً، أو بعد انقضائِهَا من يوم الوصية، فإن قلْنا: إن الحَمْلِ يُعْرَفُ، فالولدُ غير متناوَلٍ بالوصيَّة، فإن قلنا: لا، واعتبرنا حالَةَ ٱلانْفِصَالِ [فالانفصالُ][1] حصَلَ في ملك الموصَىٰ له، فيكون الوَلَدُ له، ويُعْتَقُ عليه، إن كان الموصَىٰ له زوْجَها، ولا استيلاد.

والرابعةُ: أن تلد قبل انقضائها من يوم الوصية أيضاً، فإن قلنا: إنَّ الحمل يُعْرَفُ، فهو داخلٌ في الوصية، وإلاَّ، فهو حاصلٌ في ملك الموصَىٰ له، فيكون له، فإن كان زوْجَها، عَتَقَ عليه بالملك ولا استيلاد.

وتناجِ سائر الحيواناتُ يُقَاسُ بما ذكرناه، ويُرْجَعُ في مدَّة حمْلِها إلَىٰ أهل الخبرة، فإنها تختلِفُ.

ثم تذنب المسألة بتذنيبات.

أحدها: قال الشيخ أبو الفرج الزاز: حيث حكَمْنا بِمَصِيرِ الجارية أمَّ ولد، فيعتبر حقيقةُ الإصابة من وقْت الملْك، أم يكْفِي إمكان الإصابة؟ وفيه وجهان. والثاني هو الملائِمُ لإيرادِ المُعْظَم.

الثاني: قال: حيثُ بَقَّيْنَا الولَدَ علَىٰ ملك الوارث، فالمعتبر من الثلث قيمةُ الجارية وخدَها، وإذا لم تسبقه، فالمعتبر من الثلث ما كان موجوداً يَوْمَ موت الموصِي، فإن كانت حائلاً، اعتبرنا قيمتها وخدَها، وإن كانت حاملاً، اعتبر قيمتها مع قيمة الحَمْل؛ وحينئذ فالنَّظَر إلى قيمتها حاملاً يوم موت الموصِي، عند عامة الأصحاب.

قال ابن سُرَيْج: تُعْتَبَرُ قيمتها يَوْمئذ، لو كانت حائلاً، وتُعتَبر قيمة الحمل في أول حَالِ الانفصال، وإذا قوَّمناهما، فخرجا من الثلث، فذاك، وإلاَّ، فلا يُقْرَعُ، ولكن ننفذ الوصية في القَدْر الذي يحتمله الثُّلُثُ منهما علَىٰ نسبة واحدةٍ.

الثالث: روى المزنيُّ في «المختصر» [أنه][2] لو أوصَىٰ بأمةٍ لزَوْجِها، فلم يَعْلَمْ حتى وضَعَتْ له بعْدَ موت سيِّدها أولاداً، فإن قَبِلَ، عُتِقُوا، ولم تكن أمهم أمَّ ولدٍ، حتى تلد منه بعْد قبوله لستة أشهر، وفيه إشكال من وجهين:

أحدُهُما: أنه لم اعتبر عدمَ العلمِ بالوصيَّة، وهل يَفْتَرِقُ الحالُ بينَ أنْ يعلمَ أو لا يعلمَ؟

---

(١) سقط في: ز، أ.

(٢) سقط في: ز، أ.

والثَّاني: أنه حكمَ بحريَّةِ الأولاَدِ، وبأنَّها لا تصيرُ أمَّ ولدٍ له: فَإِنْ فرع على أنَّ المِلكَ يحصلُ بالموتِ، أو على قول التوقُّفِ، فَلِمَ اعتبرَ مُضِيَّ الأشهرِ في مصير الجاريةِ أمَّ ولدٍ له؟ وإنْ فرَّع على الحصولِ بالقَبولِ، فَلِمَ يحكَمَ بحريَّةِ الأولادِ في الحالِ؟

أمَّا الأوَّل: فعنِ الخضري ما يقتضي الفرقَ بينَ العلمِ وعدمِه، واحتجَّ عليه بأنَّ الشَّافِعِيَّ ـ رضي الله عنه ـ حَكَمَ فيما إذا وَطِىء أَمَةَ الغَيْرِ على ظنِّ أنَّها زوجتُه الحرَّة، بحريَّةِ الولدِ، ولو ظنَّ أنَّها زوجتُه الرقيقةُ، يكونُ الولدُ رَقِيقاً. فاختلفَ الحُكْمُ باعتقادِهِ.

والظَّاهِرُ: أنَّه لا فرقَ في ثُبوتِ أمِّيَّةِ الولدِ في أميَّةِ، بينَ أن يكونَ عالماً، أو لا يكونَ، حتى لو وَطِىءَ أمتَه على ظَنِّ أنَّها لغيره، أو أنَّها حرةٌ وأحبلَها، ثبت أميَّة الولد، [فإِذَنْ] قولُه: «ولم يعلمْ» كأنَّهُ خَرَجَ مَخرَجَ الغالِبِ؛ فإنَّ الغالبَ أن الوصيَّة لا تبقى المدةَ الطويلةَ معلَّقةً غيرَ مردودةٍ، ولا مقبولةٍ، إلاَّ إذا لم يعلم المُوصَىٰ له بالوصيَّة؛ لغَيْبَةٍ، أو نَحْوِهَا.

وأمَّا الثَّاني: فقد قيل: إنَّه تخليط من المُزَنِيِّ ـ رحمه الله ـ فقوله: «عتقوا» تفريع على أن المِلْكَ يحصُلُ بالموتِ، وقولُه: «لا تصيرُ أمَّ ولدٍ له» تفريعٌ علَىٰ أنَّه يحصُلُ بالقَبُول.

وقال الأكثرون: بل هو تفريعٌ علَى قولِ التوقُّفِ، ويَتَبَيَّنُ حُصولُ المِلكِ بالموتِ، وأرادَ بالقَبولِ في قولِه: «بعد قَبُولِهِ» الموتَ سمَّاهُ قَبُولاً؛ لأنَّه وقتُ القَبُول.

ومنْهُمْ من قال: لفظُ الشَّافعيِّ ـ رضِيَ اللَّهُ عنه ـ «المَوْتُ» لكنَّ المُزَنِيَّ غَلِطَ فيه، وبالجُمْلةِ، فهذا من المواضِعِ الَّتي أضبَ فيها الشَّارِحُونَ «المُخْتَصَر» وحظُّ الفقه ما سبق.

ولو كانتِ الجاريةُ المُوصَىٰ بِهَا زوجةَ المُوصَىٰ له، كما صوَّرنا، وماتَ المُوصَىٰ له قَبْلَ القَبولِ والرَّدِّ، فقد مرَّ أن ورثَته قائِمُون مَقامَهُ في الردِّ والقَبُولِ، فإِنْ قَبِلُوا، فعلى الخلافِ في أنَّ المِلْكَ بِمَ يحْصُل؟ إنْ قُلْنا بالموتِ، أو قلْنا: هو موقوفٌ، فَقَبُولُهم كقَبُولِ الموصَىٰ له في عتقِ الأولادِ بالمِلْك، وفي انعقادِهِمْ على الحرِّيةِ، وفي مصيرِ الجاريةِ أمَّ ولدٍ، وفي بقائِهِمْ مماليكَ لورَثَةِ المُوصِي، على اختلافِ الأحوالِ المذكورةِ في المسألةِ، ولا فرقَ إلاَّ أنَّهم، إذ عُتِقُوا بقبول الموصَى له وَرِثُوه، وإذا عتقوا بقَبُولِ الوَرَثةِ، لم يَرِثُوا؛ علَىٰ ما سيأتي، إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَىٰ.

وإن قلنا يحصُلُ المِلْكُ بالقَبُول، فإِنْ كانَ بين الوارِثِ والأولادِ قرابةٌ تقتضي العِتْقَ؛ بأنْ كانَ وارثُ المُوصَىٰ له أباه، فيُعْتَقُونَ عَلَيْهِ؛ لأنَّهم حَفَدَتُهُ، وإلاَّ، فوجْهَانِ،

وإذَا لَمْ يحصُلِ العتْقُ، فهل يُقْتَضَىٰ ديونُ الموصَىٰ لَهُ منها، أم تُسَلَّمُ للورثة؟ فيه وجْهَانِ، سنُبَيِّنُ مأخَذَهما.

ومنْها: إذا أوصَىٰ لإنسان [بابنه أو أبيه](١)، لم يجبْ عليه قبولُ الوصيَّةِ، كما لا يجبُ عليه شِراؤه، إذا قَدَرَ عليه، بل له الردُّ، وعن مالكٍ ـ رحمه الله ـ أنَّه يجبُ عليه القبولُ، وفيه وجهٌ أنه ممتنعُ الرَّدِّ، إذا فَرَّعْنا علَىٰ أنَّ المِلْكَ يحصلُ بالموتِ؛ لأنه يُعْتَقُ عليه، وهذا ما أوردَه صاحبُ «التَّتِمَّةِ» تفريعاً على ذلك القولِ، لكنَّ المذهبَ خلافُه، فإنَّه لا يُعْتَقُ عليه قَبْلَ القَبُولِ. إذا عرفت ذلك، فإنْ ردَّ، فذاك، فإنْ قَبِلَ، وقلنا: إن المِلْك يحصُلُ بالقَبولِ، عَتَقَ عليه حينئذٍ، وإن قُلْنا بالموتِ، أو قلْنا بالتَّوَقُّفِ، تبيَّنَ أنَّه عَتَقَ عليه يومَ الموت.

ولو ملَك ابنَ أخيه، فأوصَىٰ به لأجنبيٍّ، ووارثُه أخوه فقَبِلَ الموصَىٰ لَهُ الوصيَّةَ، فَهُوَ للأجنبيِّ، وإن قلنا بالتوقُّفِ، أو بحصول المِلْكِ بالموتِ، وإنْ قُلْنَا: بحصوله بالقَبُولِ، وجَعَلْناه قبل القَبُولِ للوارثِ، فقضيَّةُ العِتْق على الوارثِ يومَ الموتِ، لكنَّ الحكايةَ عن الأصحابِ أنَّه لا يُعْتَقُ علَيْه؛ كيلا تَبْطُلَ الوصيَّةُ، هذا في ردِّ المُوصَىٰ له وقَبولِهِ بنَفْسِهِ. أمَّا إذا أوصَىٰ لإنسان بابنه، وماتَ المُوصَىٰ له بَعْدَ موتِ المُوصِي، وَقَبْلَ القبول ففيه وجْهَانِ مرجُوحَان، ووجهٌ ثالثٌ وهو المذهبُ:

أحدُ الوجْهينِ المرجُوحَيْنِ: ما قدَّمْنا؛ أنَّ الردَّ يُمْتَنِعُ، لِعتْقِه على الموصَىٰ لَهُ، بِنَاءً على أن المِلْكَ يحصُلُ بالموتِ.

والثَّاني: حكاه الشيخُ أبو عليٍّ؛ أنَّه لَيْسَ للوارِثِ القَبُولُ؛ لما فيه من العتقِ على الميت من غيرِ إذنهِ، وإثباتِ الولاءِ لهُ، وإنَّما يجِيءُ هذا على قولِنا: إنَّ العِتْقَ، إذَا حصلَ وقع [على](٢) الميِّتِ وستَعْرفُ الخلافَ فيه.

والوَجْهُ الثَّالثُ: أنَّ الوارثَ قائمٌ مقامَه في الردِّ والقَبولِ لنَائبِه عنه في حقوقِه، فإن قَبِلَ: فَهُوَ كَما لَو قَبِلَ الموصَىٰ لَهُ بنَفْسِهِ، إنْ قُلْنا بالتوقُّفِ، أو بحُصولِ المِلْكِ بالموتِ، وإنْ قُلنا بحُصُولِه بالقَبُولِ، نُظِر؛ إنْ لم يكنْ بينَ الموصَىٰ به، ووارثِ الموصَىٰ له قرابةٌ تقتضي عِتْقَه علَيْه، بأن كانَ الوارثُ أخاً للمُوصَىٰ له، أو ابنَ أخِيه، فهلْ يُحكَمُ بعتقه؟ فيه وجْهَانِ:

---

(١) في ب: بأبيه أو ابنه.

(٢) سقط في: أ، ز.

أحدُهُمَا: لا؛ لأنَّ القبول، الَّذي يترتبُ عليه العِتقُ وُجِدَ من الوارثِ؛ فيثبتُ المِلْكُ لَهُ ابتداءً، لا تلقِّياً من الوارثِ، كما لوْ ورِثَ حقَّ الشفعةِ، فَأَخَذَ بِهَا، ينتقلُ المِلْكُ إليه من المُشْتَرِي لا مِن مُوَرِّثِه، وهذا ما أورده صاحبُ «الشَّامِلِ» وآخَرُون.

وأظهرُهُما: نَعَم، وهو الَّذي ذكره الشَّيخُ أَبو عليٍّ، وصاحبُ الكِتَابِ؛ لأنَّ المُوصِيَ إنَّما أوجَبَ المِلْكَ للمُوصَى له فلا يثبتُ لِغَيْرِه، وإنَّما اعْتُبِرَ القَبولُ للوارثِ علَىٰ سبيل النِّيَابَةِ، وهكذا كَما لو [نصب][1] شبكةً في حياتِه، وتعلق بِهَا صيدٌ بَعدَ موتِه، فإنا نحكم بثبوتِ المِلْكِ لَهُ.

وإنْ كانَ بين الموصَىٰ بِهِ وبَيْنَ وارثِ المُوصَىٰ له قرابةٌ تقْتَضِي العِتْقَ؛ بأنْ كانَ الوارثُ أباً للمُوصَىٰ له [فنحكم بعتق الموصى به لا محالة، ويعود الوجهان في أنه يعتق على الموصى له][2]، أو على وارثِه، وإنَّ الولاء لمن يَثْبُتُ، وإذا لم يُحكمْ بالعِتْقِ، فَهَلْ تُقْضَىٰ منه ديونُ المُوصَىٰ لَهُ، أم يسَلَّمُ للوارثِ؟ فيه وجْهَانِ عن روايةِ القاضِي أبي الطَّيِّبِ في «المُجَرَّدِ» وجهٌ.

الثاني: أنَّ الوارثَ ملك لا من جِهَةِ المُوصَىٰ لَهُ، [والوجه][3] الأوَّلِ، وهُوَ الأظْهَرُ: أنَّ الوارثَ مَلَكَ بسبب يتعلقُ بالمُوصَىٰ لَهُ، فَهُوَ كالدِّيَةِ الواجبةِ بقَتْلِهِ، تُقْضَىٰ منها ديونُه، وإنْ قُلْنا: إنَّها تثبُتُ للوارثِ ابتداً، هذا حكمُ العتقِ، وهل يرثُ الَّذي عَتَقَ مِنَ الموصَىٰ لَهُ؟ أمَّا إذا قَبِلَ بنفسه، فيُنْظَرُ؛ إن قَبِلَ في حالِ الصِّحَّةِ، فَنَعَمْ، وإنْ قَبِلَ في مرضِ الموتِ، فإرثُه مبنيٌّ عَلَىٰ أنَّ عِتقَهُ، إذَا حَصَلَ المِلْكُ [فيه] لاَ بِعِوَضٍ. بَلْ بِإِرْثٍ، أو هِبَةٍ، أو قَبولِ وصيَّةٍ، يُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ، أَوْ مِنْ رأسِ المالِ، وفيه وجْهَانِ مذكورانِ في الكتابِ في «بابِ العتقِ» إن اعتبرنَاه من الثُّلُثِ، لم يَرِثْهُ، وإلاَّ وَرِثَهُ، قالَهُ في التَّهْذِيبِ، وهُوَ الأصحُّ.

أمَّا إذَا ماتَ قَبْلَ القَبولِ، وَقَبِلَ وارثِهِ، فإنْ حَكَمْنَا بحصولِ الحريَّةِ عند القَبولِ، لم يرثْ من المُوصَى لَه؛ لتأخُرِ عتِقه عنْدَ موتِه، وإنْ حَكَمْنا بحصولِها عند الموتِ، فإنْ كانَ القابلُ مِمَّنَ يحجُبُه المُوصَى بِهِ كالأخِ، لم يرِث؛ لأنَّه لَوْ وَرِثَ، يحجُبُ الأخَ، وأخرجَه عنْ أنْ يكُونَ وارثاً، وإذَا خرَج عنْ أن يكونَ وارثاً، بَطَلَ قَبولُه؛ فَيَبْقى رَقِيقاً، فَيَمْتَنعُ تَوْرِيثُه فإذن في توريثِه إبطالُ توريثِه.

وإذا كانَ القابلُ ممن لا يحجُبُه الموصَى بِهِ كابن أخٍ، ففيه ثلاثة أوجهٍ:

---

(١) في ب: طرح.

(٢) سقط في: أ، ز.

(٣) في ز: ووجه.

أحدُها: أنَّه يرثُ؛ لأنَّ توريثَه لا يؤدِّي إلى حِرمانِ القابِلِ، فصار كَما لو ماتَ عن ابْنٍ مشهورِ النَّسبِ، وأقرَّ بابنٍ آخرَ يرثان معاً. ولو ماتَ عن أخٍ، فأقرَّ بابنٍ للميِّتِ، ثبتَ نسبُه ولَمْ يَرِثْ.

وأظهرُهُما: وهو المذكورُ في الكتابِ: المنعُ؛ لأنا لَوْ ورَّثْناه؛ لارتدَّ حقُّ القابلِ من القَبولِ في الكلِّ إلى القَبولِ في النِّصفِ، ولا يصحُّ من المُوصَى بِهِ أن يقبلَ نصيبَ نَفْسِه؛ لأنَّه إنَّما يقبلُ إذا كانَ وارِثاً، وإنَّما يكونُ وارِثاً إذا عُتِقَ، وإنَّما يُعْتَقُ إذا قَبِلَ، فإذا يَبَقَّى نصفَه رقيقاً، ومَنْ بعضُه رقيقٌ، لا يرثُ، كمن كلُّه رقيقٌ.

قال الشَّيخُ أبو عليٍّ: ويفارقُ هذا إقرارُ الابنِ بابنٍ آخرَ؛ لأنَّهما حينئذٍ مُقِرَّانِ بأنَّهما ابنَا الميِّت، فورثا المالَ. وها هُنَا العتقُ في جميعِه لا يصحُّ إلاَّ بقبولِ من يجوز جميع التَّرِكَةِ، ولا مدخل [للمقبول][1] في القبولِ، فإنه لم يكنِ الأولُ جائزاً، بَطُلَ القَبولُ من أصلِهِ.

والوجهُ الثَّالثُ: عن الدَّاركي: أنَّه إنْ ثَبَت القبولُ للمُوصَىٰ له، وهو مريضٌ، لم يرثْه، لأنَّ قبولَ ورثته كَقَبُولِه، ولو أنَّه قَبِلَه لكانَ وصيَّةً والإرثُ والوصيَّةُ لا يجْتَمِعَانِ. وإنْ ثَبَت، وهو صحيحٌ ورِثَهُ ولا يَخْفَى بعد هذا الحاجةِ إلى إعلامِ قولِه: «عتقُ الابنِ» بالواوِ.

وقولُه: «بطريق التبيين من وقتِ موتِ الموصِي»، جوابٌ على قولِنا: «إن المِلكَ يحصلُ بالموتِ، أو يتبينُ بالقَبُولِ حصولُه من وقتِ الموتِ»، فأمَّا إذا قلنا: «إنَّه يحصلُ بالقَبولِ»، وحكَمنا بوقوعِ العتقِ عن الموصَىٰ لَهُ، فلفظُ الإمامِ أنَّه يسند العتقَ إلى أَلْطَفِ حِينٍ[2] قبل موتِ الموصَى لَه، فيَجوز أن يُعلَم لذلِك قوله: «من وقت موت الموصى بالواو».

وفي «مُولَّداتِ» ابنِ الحدَّادِ وشروحِها فروعٌ تتعلقُ بالاختلافِ في وقتِ الملكِ:

أحدُها: أوصَى بأمتِه الحاملِ مِن زوجِها لِزوجِها، ولابنٍ لها حُرٌّ، وماتَ وخرجَتْ هي كلُّها من الثُّلثِ، فقَبِلا الوصيَّةَ، وهما موسران، يُنظَر؛ إن قَبلاَهَا معاً، عُتِقَت الأمةُ كلُّها؛ على ابنِها النصفُ بالمِلْكِ، والباقي بالسرايةِ وعلى الزوج نصفُ قِيمتِها، ويُعتَقُ الحملُ عليهما بالسَّويَّةَ. أمَّا نصيبُ الزوجِ؛ فلأنَّه ولدُه، وأمَّا نصيبُ الابنِ؛ فلأنَّ الأمَّ عُتِقتْ علَيه، والعتقُ يَسري في الحامل إلى ما يملكُه المُعتِقُ من حملِها، ولا يقومُ نصيبُ واحد منهما على الآخرِ، لأنَّ العتقَ حصل عليهما [حصل] دفْعةً واحدةً، فأشْبَه ما إذا اشترى ابنان أباهُما وأمَّهُمَا عُتِق عليهما ولا تَقْويمَ وإن قَبِل أحدُهُمَا، قَبْلَ الآخرِ، فإنْ قلنا: يحصلُ المِلْكُ بالموتِ، أو قُلْنا بالتوقُّفِ، فالجوابُ كذلِك؛ لأنَّ وقتَ المِلْكِ واحدٌ.

---

(١) في ب: للقُبول.

(٢) أي زمن مما في الروضة كذا في حاشية الأصل.

وإن اختلفَ وقتُ القَبولِ، وإنْ قُلنا: يحصلُ المِلْكُ بالقَبولِ، فإن تَقَدَّمَ قَبولُ الابنِ، عَتَقَتْ الأمَةُ بالمِلْك والحملُ بسرايةِ العتقِ من الأمّ إلى الحملِ، وعَلَيْهِ للزوجِ نصفُ قيمتِها، فإن تقدَّمَ قَبولُ الزَّوجِ، عَتَقَ جميعُ الحملِ، عليه النِّصْفُ بالمِلْكِ، والنصفُ بالسِّرَايةِ، فَيَغْرمُ نصفَ قيمتِه يومَ الوِلاَدَةِ. للابنِ، ولا يُعْتَقُ عليه من الأمَةِ شيءٌ.

وإذا قبلَ الابنُ عَتَقَ عليه جميعها بالمِلْكِ والسرايةِ، وغرِّم للزوجِ نصفَ قيمتِها، وإن قَبِلَ للزوجِ وحدَه عَتَقَ عليه الحملُ النصفَ بالملك، والنصفُ بالسراية، فَيَغْرَمُ نصفَ قيمتِه لورثَةِ الموصِي ولا يسري العتقُ في الحملِ إلى الأمِّ؛ لأنَّ الحملَ تبعٌ لها وليستْ هيَ تَبَعاً له، فإن قبل الابنُ وحدَه عَتَقَا عليه، وغرِّم نصفَ قيمتِها لورثةِ الموصَي.

الثَّاني: أوصى لإنسانٍ بمن يعتقُ عليه، وماتَ الموصَىٰ لَهُ عن ابنين فالقولُ في قَولِهما تفريعاً على الأقوالِ في وقت المِلْكِ، كما سبق والظَّاهرُ صحتُه ووقوعُ العِتقِ عن الميِّتِ، فإنْ قَبِلَ أحدُهُما دونَ الآخر يصحُ القبولُ في النِّصفِ، ويعتقُ على الميِّت ثم قال ابنُ الحدَّادِ وآخرونَ: يُنظرَ إن ورثَ القابلُ من الموصِى له ما يفي بباقِي قيمةِ العبْدِ، قُوِّمَ عليه البَاقِي فيما وَرِثَه وإلاَّ لَمْ يُقَوَّمْ عليه، ولا اعتبارَ بيسارِ القابلِ في نفسِه، ولا يثبتُ [التقويم] في نصيبِ الذي لم يقْبَلْ من التَّرِكَة. أما أنَّه لا اعتبارَ بيساره في نَفْسِه؛ فلأن العتقَ وقعَ عن الميِّتِ، فلا يكونُ التقويمُ على غيرِه، وإمَّا أنَّه لا يثبتُ في نصيبِ الَّذي لم يقبل؛ فلأنَّ سبَب العتقِ القبولُ؛ فالَّذي لم يقبلْ لم يُنْسَبْ إليه.

ولَكَ أن تقول: هبْ أنَّه لم يُنسبْ لكنَّه غيرُ منكَرٍ، عِتْقَ نصيبَ القابِلِ، واقتضائه التَّقويمَ والتقويم كَدَيْنٍ يلحقُ التَّركة، وقال الشَّيخُ أبو عليٍّ: يجبُ ألاَّ يقوَّم على الميِّتِ، ويقتصر العتق على القدْرِ المقْبُولِ لِمَعْنَيَيْنِ.

أحدُهُما: أنَّ المِلْكَ حصل للميِّتِ بغيرِ اختيارِه، بلْ بقَبولِ الوارثِ، فأشبَهَ ما إذا ورثَ شَخْصَاً شقصاً مِن عبدٍ، فعتق عليه لا يقوّمُ عليه البَاقِي.

والثَّاني: أن العِتَقَ يحصُلُ بعدَ موتِه، ولا مالَ لَه حينَئذٍ، فأشبَه ما إذا أعتقَ شقصاً من عبدٍ بعدَ الموتِ، لا يقوّمُ عليهِ البَاقِي، قال: وقَدْ رأيتُ هذا لبعضِ الأصْحَابِ، وللأولينَ أَنْ يَقولُوا: نحنُ إنَّما حكَمنا بالعتقِ على الميِّتِ؛ لِجَعْلِنَا الوارثَ نَائباً عنه، وكيفَ ينتظمُ مع القول بالنيابةِ، نفي اختيارِ المَنوبِ، نَعَم، كلاهما حُكْميانِ، وأمَّا الثَّانِي، فلا يُسَلِّمُ أنَّ العتقَ يَحْصلُ بعدَ الموتِ، بلْ يستندُ إلى مَا قبلَ الموتِ، كَما تَقَدَّمَ، ثُمَّ ولاءِ ما عَتَقَ منه للميِّتِ، ويشتَرِكُ فيه الابنان أم ينفردُ به القابلُ؟

فيه وجهان: وجه الثاني: أنَّه انفردَ باكتسابِهِ فأَشْبَهَ مَا إذَا شَهِدَ شاهدٌ بدَينٍ للميِّتِ، وحَلَفَ معه أحدُ الابنين فإنَّه ينفردُ الحالفُ بنِصْفِهِ، ولا يشارُكه الآخرُ فيه وَلَكَ أنْ تقولَ: المنفردُ بالاكتِسَابِ في هذهِ الصُّورَةِ لم ينفَرِدْ إلاَّ بنَصِيبِه، فما أثبتَه للميِّتِ، فوجَبَ

أنْ يكونَ ها هُنَا كَذلِك. ولو أَوْصى لإنْسَانٍ بِبَعْضِ مَنْ يَعْتِقُ علَيْه، ومات الموصَى لَه، وقَبِلَ وارثُه الوصيَّة، فالقولُ في عِتْقِه على الميِّتِ، وتقويمِ الْبَاقِي عَلَيْهِ علَىٰ ما ذكَرْنَاه في هَذِه المَسْألةِ.

الثَّالثُ: أَوْصَى بِأَمَةٍ لاَبْنِهَا من غيره نظر، إن كَانَتْ تَخْرُجُ من الثُلثِ، وقَبلَ المُوصَىٰ لَهُ الوصيَّة، عَتَقَتْ عَلَيْهِ، وإنْ رَدَّ بَقِيَتْ للوارِثِ، وإنْ لَم تخْرُجْ، فالْجَوابُ في قدرِ الثُلثَ كذلك، وأمَّا الزَّائدُ عليه فلو أَعتقَه الوارثُ، وهو مُوسِرٌ، عَتَقَ علَيه، ثُمَّ إنْ لم يقبلِ ابنُها الوصيَّةَ، فقدْ بيَّنا أنَّ جميعَهَا للوارِثِ، فيسرِي العتقُ من البعضِ الَّذي أعتقَه إلى الْبَاقِي، وإنْ قَبِلَ عُتِقَ عليه ما قَبِل.

قال ابنُ الحدَّادِ: ولا يُقَوَّمُ نصيبُه على الوارث ولا نصيبُ الوارثِ عَلَيه، أمَّا أنَّه لا يُقوَّمُ نَصيبُ الوارثِ عليه؛ فلأنَّه أعتَقَ نصيبَه قبلَ قَبُولِهِ، وأَمَّا أنَّه لا يقوَّمُ نصيبُه على الوارِثِ؛ فلأنَّا نتبينُ بالقَبُولِ حُصُولَ مِلكِه بالموتِ، وتقدَّمَه على إعتاقِ الوارثِ [الزيادةَ].

قال الشيخ أبو علي: والصواب عند الأصحاب أن يُقال: إن قلنا بحصول الملك بالموت ابتداءً، أو تبيناً فيقوم نصيب الوارث عليه؛ لأنا تبينا استناد عتقه إلى وقت الموت وعتق الوارث متأخر عليه؛ لأنه لا بد فيه من مباشرة الإعتاق، وإن قلنا بحصوله بالقبول فيعتق [الكل على الوارث لأنه يرى من نصيبه إلى قدر الثلث والقبول بعده كإعتاق الشريك الثاني بعد إعتاق الأول وهو موسر، هذا إذا حكمنا بحصول السراية بنفس][1] الإعتاق، وإن قلنا: إنها لا تحصل إلاَّ بعد أداء القيمة، فقبوله كإعتاق الشريك الثاني نصيبه قبل أخذ القيمة، وفيه وجهان:

أحدهما: النفوذ؛ لأنه ملكه ما لم يأخذ القيمة.

وأصحهما: المنع، لأن الأول بإعتاق نصيبه استحق تقويمه عليه للإعتاق، فصار كما لو استولد أحد الشريكين الجارية المشتركة، وهو موسر تصير أم ولد له، وليس للآخر إعتاق نصيبه، فعلى هذا له قيمة نصيبه على الوارث، وكأنه فوته بإعتاق نصيبه.

ولو كانت المسألة بحالها، ووارث الموصي ابن له من هذه الأمة، فإن رد الموصى له عُتِقت على الابن الذي هو وارث السيد، وإن قبلها فيُنظرَ: إن خرجت من الثلث عُتِقَت على الموصى له، وإن لم تخرج فالزائد على الثلث منها. أطلق ابن الحداد أنه يُعتَق في الحال على الوارث، وفصل الشارحون فقالوا: إن لم يجز الوارث الزيادة على الثلث، فالجواب ما ذكروا وإن أجاز فعتقه مبني على أن إجازة الوارث ابتداء عطية

---

(١) سقط في: ز.

منه، أو تنفيذ إن قلنا بالأول، فقد حكمنا للوارث بالملك قبل أن يُعطَى فيعتق عليه، وإن قلنا تنفيذ لم يُعتَق؛ لأنا على هذا القول لا نجعل الزائد على الثلث للوارث، بل نقفه على الرد والإجازة فإذا أجاز تبين أنه لم يملكه وأما قدر الثلث فإنه يعتق على الموصى له، ولا يقوم نصيب أحدهما على الآخر. وأما أنه لا يقوم على ابن السيد؛ فلأنه ملك بالإرث، وعتق الشقص المملوك بالإرث لا يقتضي السراية.

وأما أنه لا تقويم على ابنها الموصى له؛ فلأن نصيب شريكه عُتِق قبل عتق نصيبه، وإن قلنا: إنه يُملَك بالقبول، ومع عتق نصيبه إن قلنا: إنه يُملكَ بالموت، ولا تقويم على التقديرين.

الرابع: أوصى بعبد لشخصين؛ أحدهما قريبه الذي يعتق عليه، فإن قبلا الوصية معاً عُتِق جميعه على القريب، إن كان موسراً، النصف بالملك، والباقي بالسراية، ويُغرَمْ للأجنبي نصف قيمته.

وإن قبل القريب أولاً، فكذلك حكم العتق. ويكون غرم النصف للأجنبي، إن قبل الوصية بعد ذلك، والوارث الموصي إن لم يقبل، وإن قبل الأجنبي أولاً ملك نصيبه ونصيب القريب موقوف إلى أن يقبل أو يرد فإن أعتق الأجنبي نصيبه قبل قبول القريب، ثم قبل فإن قلنا: الملك في الوصية يحصل بالقبول، قوم نصيبه على الأجنبي، فكان كما لو أعتق الشريك نصيبه، وهو موسر، ثم أعتق الثاني نصيبه فإن قلنا: يحصل بالموت، أن عتق الأجنبي غير نافذ، وأنه عتق جميعه على الوارث، وعليه نصف القيمة للأجنبي والله أعلمُ.

البَابُ الثَّانِي فِي أَحْكَام الوَصِيَّةِ الصَّحِيحَةِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **وَهِيَ تَنْقَسِمُ إِلَىٰ لَفظِيَّةٍ وَإِلَىٰ حُكْمِيَّةٍ وَإِلَىٰ حِسَابِيَّةٍ أَمَّا اللَّفْظِيَّةُ فَلَهَا طَرَفَانِ: الأَوَّلُ فِي المُوصَىٰ بِهِ، وَإِذَا أَوْصَىٰ بِجَارِيَةٍ دُونَ حَمْلِهَا، وَبِالحَمْلِ دُونَ الجَارِيَةِ صَحَّ، وَعِنْدَ الإِطْلاَقِ هَلْ يَتَنَاوَلُ الحَمْلُ بِٱسْمِ الجَارِيَةِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ، فَإِنْ تَنَاوَلَهُ فَلاَ يَنْقَطِعُ بِالاْنْفِصَالِ بَلْ يَبْقَىٰ مُوصًى بِهِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا استجمعتِ الوصيَّةُ مما يفتقر إلَيْه صحَّتها، صحَّت، ووقع النَّظر بعد ذلك في أحكامها، والنَّظر فيها تارةً يكون من جهةِ اللَّفظ؛ كنظرنا في أن الشَّاة، والدَّابَّة، والفرس عَلاَمَ تَحْمُلُ الوصيَّة بها، وتارةً من جهة المعنَىٰ؛ كنظرنا في أحكام الوصية بالمنافع، بأيَة لفظة قُدِّرتِ الوصيةُ ثم كمية الموصَىٰ به قد تُعْرَفُ من غير حساب، وقد يحتاج فيها إلى أعمالِ فِكْرٍ، وضَرْب حسابِ جَلِيٍّ أو خَفِيٍّ، فلذلك جعل أحكامها ثلاثةَ أنْوَاعٍ لفظيَّة، ومعنويَّة، وحسابيَّة:

القسم الأول: اللفظيَّة، واللفظ المبحوثُ عنه، قد يُسْتَعمَلُ في الموصَىٰ به، وقد يستعملُ في الموصَىٰ له:

الطرف الأول في الموصَىٰ به.

فمن مسائله: أنه لو أوصَىٰ بجاريةٍ حاملٍ، واستثنَىٰ حمْلَهَا لنفسه، جاز بخلاف البيع، وكذلك تجوزُ الوصية بالحمل وحده، على الشَّرط الذي سَبَق، بخلاف بيعه ولو أوصَىٰ بالحمل لرجل، وبالجارية [لآخر][1] صَحَّت الوصيتان، ولو أطلق الوصيَّة بالجارية، ففي دخول الحمل وجهان:

أحدهما: الدخولُ، كما لو باع الحامل.

والثاني: المَنْع؛ لأنه ليس جُزْءاً منها، والأول أظهرُ فيما دلَّ عليه كلام الأئمة، ولكن لا تبعد الفتوَىٰ بالثاني، بخلاف البَيْع؛ لأن الحمل لا يُفْرَدُ بالبيع، فجعل تَبَعاً، ويُفْرَدُ بالوصيَّة، فلا معنَىٰ لجعله تَبَعاً؛ ولأن الأصْلَ التنزيلُ على الأقل المستيقن ولأن الوصيَّة عقْدٌ ضعيفٌ لا يليق بحالِهَا الاستتباع، فإن قلْنا بدخوله، فلا تنقطع الوصيَّة بانفصال الحَمْل، بل يبقى موصًى به، والانفصال زيادةٌ حصَلَتْ فيه، وقد ذكرنا من قبلُ فيمن أوصَىٰ بجارية، فولَدَتْ بحيث يعلم وجوده عند الوصية أمَّا إن قلْنا: إن الحَمْل لا يُعْرَفُ، فالولدُ غير متناوَلٍ، بل هو لورثة الموصِي، وإن قلنا: إن الحَمْل يُعْرَفُ، فهو كما لو أوصَىٰ بهما، وتلك المسألةُ هي المسألة المذكورةُ ها هنا، بعينها؛ لأنه لو تعرَّض [في الوصية][2] بالحَمْلِ والجاريَةِ معاً، ارتفع الخلافُ؛ كما لو أوصَىٰ بالجارية لواحدٍ، بالحَمْلِ لآخَرَ، ولا ينقدح تشبيهُ التنصيص علَىٰ الحَمْل؛ تفريعاً على أن الحَمْلَ لا يُعْرَفُ بالتنصيص فيما إذا قال: بعْتُ هذه الجاريةَ وحَمْلَها وأنه غيرُ جائزٍ في أصحِّ الوجْهَيْنِ، حتى يجيء الخلافُ ها هنا مع التنصيص، وذلك لأن الحملَ لا يجُوزُ إفراده بالبيع، ولا يجوز جعلُه أحَدَ مقصودَيْهِ، ويجوز إفرادُهُ بالوصيَّة.

وقوله وبالحمل دون الجارية، صحَّ هذه المسألة قد ذكَرَهَا في الباب الأول، والغَرَضُ الآن التنبيهُ عَلَىٰ توجيه المسألة السَّابِقة، أي: كما تجوزُ الوصيَّة بالحَمْل وحْدَهُ، تجوز الوصية بالحَامِلِ وحْدَها بخلافِ البَيْع، واللّه أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ أَوْصَىٰ بِطَبْلٍ مِنْ طُبُولِهِ وَلَهُ طَبْلُ لَهْوٍ وَطَبْلُ حَرْبٍ نُزِّلَ عَلَىٰ طَبْلِ الحَرْبِ مَيْلاً إِلَىٰ التَّصْحِيحِ، وَلَوْ أَوْصَىٰ بِعُود مِنْ عِيدَانِهِ وَلَهُ عُودٌ لِلَّهْوِ وَالْبِنَاءِ وَالقَوْسِ بَطَلَ لِأَنَّ ظَاهِرَهُ لِلَّهْوِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَتَنَزَّلُ عَلَىٰ عُودِ البِنَاءِ أَوِ القَوْسِ، كَمَا إِذَا قَالَ: عُودٌ مِنْ

(١) في ب: لواحد.
(٢) سقط في: ز.

عِيدَانِي وَلَمْ يَكُنْ لَهُ إِلاَّ عُودُ القَوْسِ وَالبِنَاءِ، وَلَوْ أَوْصَىٰ بِقَوْسٍ حُمِلَ عَلَىٰ مَا يُرْمِىٰ بِهِ النُّشَابُ دُونَ قَوْسِ النَّدْفِ وَالجَلاَهِقِ إِلاَّ إِذَا قَالَ قَوْسٍ مَنْ قِسِيِّ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ إِلاَّ قَوْسُ النَّدْفِ وَالجُلاَهِقِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيه ثلاثُ صُوَرٍ:

إحداها: الطَّبْل أنواعٌ، أسلفنا ذِكْرَها، وبيَّنَّا أنَّ طَبْلَ اللهو، إن صَلُح لمنفعة مباحةٍ، إما على هيئته، وإما بعْد التغْيير الذي لا يُبْطِلُ اسْمَ الطبل، صحَّتِ الوصية، وإلاَّ فَلا، إذا تذكَّرْتَ ذلك، فلو أطلق، وقال: أعطُوه طبْلاً من مالي، ولم يكن له طبلٌ يَحِلُّ الانتفاع به اشتُرِيَ، ودُفِعَ إلَيْه، وإن قال: طبلاً من طبولي، فإن كان له طبْلٌ يحلُّ الانتفاع به؛ كَطَبْل الحرب، وطَبْل اللَّهْو، لا تصحُّ الوصية به ونزل على طبل الحرب ونحوه؛ ميلاً إلى التصحيح؛ لأن الموصِي يقْصِدُ حيازة الثَّوَاب، فالظاهرُ أنه يقْصِدُ ما تصحُّ الوصية به، وإن لم يكن له إلا طُبُولٌ، لا تصحُّ الوصيةُ بها، فالوصيَّة باطلة فإذا صحَّتِ الوصيةُ بالطبل، فالجِلْدُ الذي عليه، يُدْفَعُ إلى المُوصَىٰ له، إن كان لا يقَعُ عَلَيْهِ اَسْمُ الطبل دُونَ الجِلْدِ، والدُّفُّ تجوز الوصيَّةُ به، فإن كان علَيْه شيْءٌ من الجَلاَجِل وحرَّمْنَاها نزعت، ولم يُدْفَعْ إلَيْه إلا حَتى أن يَنُصَّ عليها.

الثانِيَةُ: اسم العُودِ يقَعُ علَىٰ هذا الَّذِي يُضْرَبُ به، وهُوَ عود اللَّهْو، وعلى الواحدِ مِنَ الأَخْشَاب، منْها التي تستعمل في البناء، والتي تصْلُح لِلْقِسِيِّ والعِصِيِّ؛ والوصيةُ بعُودِ اللَّهْوِ، كَهِيَ بطَبْل اللَّهْو، فَيُنْظَرُ؛ هل يَصْلُحُ علَىٰ هيْئته؛ لمنفعةٍ مباحةٍ، أو بعد التَّغْيِيرِ الَّذي لا يَبْطُلُ اسم العُودِ، أو لا يَصْلُحُ؟ وإذا صحَّتِ الوصيةُ به، لم يُدْفَع إلَيْه الوَتَرُ، والمِضْرَابُ؛ لأنه يُسَمَّىٰ عُوداً دونهما.

وإن قال: أعْطُوه عُوداً من عيداني، نُظِرَ؛ إن لم يكُنْ إلاَّ عيدان القسي والبناء، فيُعْطَىٰ واحداً منها، وكذا لو كان مَعَها عيدانُ اللهو، لكنها تصلُحُ لمنفعة مباحةٍ، فيعطيه الوارثُ ما شاء من الكُلِّ، وإن كان له عيدان اللهو، الَّتي لا تصْلُحُ لمنفعة مباحة، وعيدانِ القسيِّ، والبناء، فوجهان:

أحدهما: تنزيل الوصيَّة علَىٰ عيدان القِسِيِّ، والبناءِ كمثله في الطَّبْل، وكما لو لم يكُنْ إلاَّ عيدان القسيِّ والبناء، فيعطَىٰ واحداً منها.

وأظهرهما: وهو المنصوص: أن الوصية تُنَزَّلُ على عيدان اللهو، فيُبطل؛ لأن اسْمَ العُود عند الإطلاق لهذا الَّذي يُضْرَبُ به، واستعمالُهُ في غيره مرجُوحٌ، والطَّبْلُ يقع على طَبْل اللَّهو وغيره وقوعاً واحداً، وليس كما لو قال: عوداً من عيداني، ليس له إلاَّ أعوادُ البناء والقسي؛ لأن هناك التقييد منَعَنا من الأَخْذ بالإطْلاَق، وها هنا فوائدُ:

إحداها: لصاحب الوجْه الأول أن يمنع ظُهور اسْمِ العُود في الذي يُضْرَبُ به، ويقُولَ: لفظُ العُودِ مشتركٌ، يستعمل وفي الذي يُتَجَّرُ به، وفي الواحِد من الأخْشَاب بحَسَب الحاجة، ولا ترجيحَ، ثم له أن يقول: إنْ كانَ الاستعمالُ في عُود اللهو أظْهَرَ، فكما ينصرف اللفظ إليه، إذا كان واحداً، يَنْصَرِف إذا كان جميعاً؛ فيلزم أن ينصرف قوله: «عُودٌ من عيداني» إليه، فحينئذ وجَبَ أن تلغو الوصيةُ، إذا لم يكُنْ له عيدان لهو، وإن كان له ما يَصْلُح للأبنية والقسي.

الثانية: إذا أوصى بعُودٍ، ولا عودَ لَهُ فَقَضِيَّةُ تنزيل مطْلَقِ العودِ علَىٰ عود اللهو إبطالُ الوصية، أو أن يُشتَرَىٰ له عُودُ لَهْوٍ يصلُحُ لمنفعة مباحة، وأطلق في «التتمة» أنه يُشْتَرَىٰ مَا لو كان موجوداً في ماله، أمكن تنفيذ الوصية بالعُود به.

الثالثة: وقوعُ الطَّبْل على أنواعه، ليس كوقوع العُود علَىٰ معلنيه المذكورةَ، بل الطبلُ موضوعٌ للمشترك بين الأنواع، وليس مشتركاً بينهما، والعُودُ مشتركٌ بين الخشب، والذي يُضْرَبُ به، والذي به، ثم هو بالمعْنَى الأول غَيْرُ مشترَكٍ بَيْنَ ما يستعمل في الأبنية، ويصْلُح للقِسِيّ بل للمشترَكِ بينهما.

الرابعةُ: لو أوصَىٰ بعُودٍ من عيدانه، وليس له إلاَّ عودٌ واحدٌ من أعواد اللهو، وواحدٌ مما يصْلُح للبناء، وواحدٌ مما يصلح للقِسِيّ، فإن جَعَلْنا لفظ العيدان على هذه الآحاد، حملنا اللفظ المشتركَ عَلَىٰ مَعْنَيَيْهِ معاً، وفيه نَظَرٌ للأصوليِّينَ؛ فإن منع، فهذه الصورةُ كما لو أوصَىٰ بعود من عيدانه، وليس له إلاَّ واحدٌ من أعواد اللهو، أو لا عُودَ له، وجب حمْلُ قوله في الكتاب «وله عودُ اللَّهو، والقَوْسِ، والبِنَاءِ» على الجنس دون الآحاد.

فَرْعٌ: الوصيةُ بالمزْمَار كالوصيَّة بعود اللهو، وإذا صَحَّ، لم يلزم تسليم الجَمِيع، وهو الذي يجعله الزَّامِرُ بين شفتَيْهِ؛ لأن الاسْمَ لا يتوقَّف عليه.

الصورة الثالثة: اسْمُ القَوْسِ يقع على العربيَّة، وهي التي يُرْمَىٰ بها النَّبْل، وهي السِّهَام العربية، وعلى الفارسيَّة، وهي الَّتي يُرْمَىٰ بها النُّشَابُ، وعلى القِسِيِّ التي لها مجْرَى تنفذ فيها السِّهام الصِّغار، وتسمَّى الحسبان، وعلى الجُلاَهِقِ، وهو ما يُرْمَىٰ بها البندق، وعلى قوس النَّدَّافين، والسابق إلى الفَهْم مِنْ لفظ القوس أحدُ الأنواعِ الثلاثةِ الأولَىٰ، فلو قال أعْطُوه [ما يسمى] قَوْسَاً حمِلَ على أَحدِهَا دون قَوْس النَّدْف، والجُلاَهِق، ولو قال: أعطُوه ما يسمَّىٰ قوساً، ففي «التتمة» أن للوارث أن يُعْطِي ما شاء

من الأَنواع الثلاثة وغَيْرها، ويشبه أن يكون كما لو قال: أعطوه قوساً إلاَّ أن يقول ما يُسَمَّىٰ قوساً غالباً، أو نَادِراً، أو ما أَشْبه ذلك، ولو قال: أعطوه قوساً من قِسِيِّ، وله قِسِيٌّ من كلِّ نوع، أُعْطِيَ ما يرمي به النبل، أو النِّشاب، أو [الحسبان][1] دون قَوْس النَّدْف والجُلاَهِقِ، وكذلك لو كان له شَيْء من الأنواع الثَّلاثة، فإن لم يَكُنْ له إلاَّ قوسُ الجُلاَهِقِ، أو قوس الندف [حمل اللفظ عليه؛ للتقييد والإضافة، وإن كان له الجُلاَهِقُ وقوْسُ النَّدْف][2] جميعاً، أُعْطِيَ الجُلاَهِقَ؛ لأن الاسم أسبقُ إِلَيْه، وكل هذا عند الإِطلاق، فلو قال أعطُوه قوساً يقاتِلُ بها، أو يَرْمِي الطير، أو يندق، فقد أبان الغَرَضَ، وهل يستتبع الوصيَّة بالقوس الوَتَر؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن الانتفاعَ يتوقَّف عليه.

وأصحُهما: لا؛ لخروجه عن مُسمَّى القوس، وصار كما أن الوصيَّة بالدابَّة لا يستتبع السرج، ويشبه أن يجيء الوجهان في بَيْع القَوْس، والنصلُ والرِّيشُ يدْخُلاَن في السَّهْم؛ لثبوتهما، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **وَلَوْ أَوْصَىٰ بِشَاةٍ دُفِعَ إِلَيْهِ الصَّغِيرُ وَالكَبِيرُ وَالمَعِيبُ وَالسَّلِيمُ والذَّكَرُ وَالأُنْثَىٰ وَالضَّأْنُ وَالمَعزُ، وَلاَ يُعْطَى الكَبْشَ عَلَى النَّصِّ، وَقِيلَ: يُعْطَىٰ إِذْ لَيسَ التَّاءُ فِيهَا لِلتَّأْنِيثِ، وَاْسْمُ البَعِيرِ فِي تَنَاوِلِهِ النَّاقَةَ كَالشَّاةِ فِي تَنَاوُلِهَا الكَبْشَ فِيهِ خِلاَفٌ وَالجَمَلُ لاَ يَتَنَاوَلُ النَّاقَةُ، وَلاَ النَّاقَةُ الجَمَلَ، وَلاَ الثَّوْرُ البَقَرَةَ، وَلاَ عَكْسُهَا، وَلاَ الكَلْبُ الكَلْبَةَ، وَلاَ الحِمَارَ الحمارة، وَلاَ الدَّابَّةُ الخَيلَ وَالبِغَالَ وَالحَمِيرَ، فَإِنْ خَصَّصَ عُرْفُ بَلْدَةٍ بِالفَرَسِ فَقِيلَ يُحْكَمُ بِالعُرْفِ، وَقِيلَ: يَنَزَّلُ عَلَى الوَضْعِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إحدَىٰ صُور الفَصْل: اسمُ الشاة يَنْتَظِمُ صغيرةَ الجثَّة، وكبيرتَهَا، والسَّليمةَ، والمعيبَة، والصحيحةَ، والمَرِيضةَ، والضأْنِيَّة، والماعزةَ، وأما الكِبَاشُ، والتُّيُوسُ، فنصَّ الشافعيّ ـ رضي الله عنه ـ في «الأم» أن اسْمَ الشاةِ لا يتناولُهَا، وإنَّما هو للإناث بالعُرْف، ومن الأصحاب من قال: إنه يتناول الذَّكَر والأنثَىٰ؛ لأنه اسْمُ جنْس كالإنسان، وليست التاء فيه للتأنيثِ، يدُلُّ عليه قولُهم: لَفظُ الشاةِ يذكَّر ويؤنَّث، ولهذا حُمِلَ قوله ﷺ: «في أَرْبَعِينَ شَاةً شَاةُ» على الذكور والإناث، وبهذا الوجْهِ أجابَ صاحب «التهذيب» وذكر أبو عبد الله الحناطيُّ مصير الأصحاب [أكثرهم][3] إليه، ويؤيِّده أنَّا ذكرنا

(١) في ب: الحساب.
(٢) سقط في: ز، أ.
(٣) سقط في: ز.

وجهين في جواز إخْراج الذَّكَر عن خَمْسٍ من الإبل، وبيَّنَّا أن الأصَحَّ الجوازُ؛ لشمُول الاسم، وفي السَّخْلَة والعتاقِ وجهان:

أظهرهما: أنَّ ٱسْمَ الشاة لا يقَعُ عليهما.

والثاني: يقع؛ بناءً على أنه اسم جنس، فمن قال بالأوَّل، حَمَلَ قوْلَ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ صغيرة أو كبيرة على صِغَرِ الجُثَّة، وكِبَرِها، وبه قال الصيدلانيُّ ـ رحمه الله ـ ومن قال بالثاني، حمَلَهُ علَى السنِّ.

إذا عُرِفَ ذلك، فلو قال أعطُوه شاةً من شيَاهِي، أو مِنْ غنمي؛ نُظِر؛ إن لم يكن له غنم، فالوصيةُ باطلةٌ، وإن كان له غَنَمٌ، أُعْطِيَ واحدةً منْها سليمةً، أو معيبةً، من الضأن، أو المعز، وإذا كانت كلُّها ذُكُوراً، أُعْطِيَ ذَكراً، وإن كانتْ كلُّها إناثاً، أُعْطِيَ أنثَىٰ، وإن كانت ذكوراً وإناثاً، جاز أَنْ يُعْطَىٰ أنثى، وفي الذَّكَر الخلافُ المذكورُ في تناوُلِ الشاةِ الذَّكَرَ، وكان يجوز أن يُقَالَ؛ تفريعاً على أن اسم الشاة لا يَقَعُ على الذكر: إن الوصيَّة تلْغُو، إذَا كان جميعُ غنمه ذُكُوراً، كما إذا قال: شاةٌ من غنمي، ولا غَنَمَ له.

ولو قال: أعطُوهُ شاةً من مالي، أُعْطِيَ واحدةً يتناولها الاسم؛ فإن ملك غنماً، فللوارث أن يعْطَىٰ على غَيْر صفة غَنَمِهِ، وإنْ لم يمْلِكْ غنماً، اشترَىٰ له شاة، بخلاف ما لو قال: مِنْ غَنَمي، ولا غَنَمَ له، ولو قال: ٱشْتَرُوا له شاةً، حكَىٰ صاحب «التهذيب» أنه لا يجوز أن يشتري معيبةً؛ لأن إطلاق الأمر بالشراء يَقْتَضِي السليم، كما في التوكيل بالشراء، وأبْدَىٰ فيما حكاه ٱحتمالاً.

ولو قال: أعطُوهُ كَبْشاً، أو تَيْساً أو شاة [ليتريها][1] على غنمه، فالوصيَّةُ بالذكَر، ولو قال: نعجةً، أو شاةً يحلبها، أو ينتفعُ بدرِّها ونَسْلِها، فهي[2] بالأنثَىٰ.

وقد تَجِدُ في لفظ الكتاب في المسألة «دُفِعَ إلَيْه الصغير والكبير والسَّلِيم، والمُعِيبُ، والذَّكَر، والأنثَىٰ، والضأنُ، والمَعْزُ»، وقد تطرح بعض النُسَخ لفظ الذكر، والأنثى، وهو الصوابُ؛ لأن الخلافَ في الكَبْش مذْكُورٌ على الأثر، فكيف يذْكُر المسألة مرَّةً بلا خلاف، ومرةً عَقِبَها مع الخلاف؟!

فَرْعٌ: الظباء قد يقال لها: شياهُ البَرِّ، والثَّوْرُ الوحشيُّ قد يُسَمَّى شاةً في اللُّغة، لكن مطلَقُ الوصية بالشَّاة لا يحمل عليهما، نعم، لو قال: أعطُوهُ شاةً من شيَاهِي،

---

(١) سقط في: ز.

(٢) قال النووي: في زياداته لم يفصح الإمام الرافعي بالغرض في هذه المسألة. فإن قال نعجة: فهي للأنثى من الضأن بلا خلاف عند الفقهاء وأهل اللغة. وقد أوضحت هذا في «تهذيب الأسماء واللغات». وإن قال: شاة يحلبها، أو ينتفع بدرِّها ونسلها، فهي للأنثى من الضأن، أو المعز.

وليس له إلاَّ ظباءٌ ففيه وجهان في «المعتمد»[(١)].

الثانية: البعير والجَمَلُ والناقة أسماءٌ تشمل السليم والمعيب والبُخَاتِيِّ، والغِرَابَ، ولا يتناول الجملُ الناقةَ، ولا الناقةُ الجَمَلَ، والبعيرُ، هل يتناول الناقَةَ؟ فيه مثل الخلاف المذكور في أن الشاة، هَلْ تتناول الذكرَ؟ فالحكايةُ عن النصِّ المَنْعُ وتنزيلُ اسم البعير منزلةَ الجَمَل، والأظهرُ عند الأصحاب التناوُلُ؛ لأنه اسم جنسٍ في اللغة، وسُمِعَتِ العربُ تقول: صرعتني بَعِيرِي، وحلَبَ فلانٌ بَعِيرَهُ، وربما أفهمك كلام الأصحاب توسُّطاً بينهما، وهو أن يُنَزَّلَ النصُّ على ما إذا عَمَّ العُرْفُ باستعمال البعير بمعنى الجَمَل، والعملَ بقضيَّة اللغة، إذا لم تعم. واسم الثور للذَّكَر، وفي البقرة وجْهان:

أصحهما: أنها لا تتناول الذَّكَر ووجه الثاني: حَمْلُ الهاء على التَّوْحيد، كقولنا ثمرةٌ، وزَبِيبَةٌ، وبهذا قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ وكذا الخلافُ في اسم البَغْلَة.

ولو قال: أعطُوهُ عَشْراً من الإبلِ أو البَقَرِ، أو الغنم، جاز الذَّكَر والأنثَىٰ، ولو قال: عشرة أَيْنُقٍ، أو بقراتٍ، لم يُعْطَ إلاَّ الإِناثَ، ولا فرْق بين التصريح بالأَيْنَقِ، والبقراتِ بَيْن أن يقول: عَشَرَاً أو عشرَةً، وهذا في البقراتِ جَوَابٌ على الصحيح، وهو أن البقرة للأنثَىٰ.

ولو قال: أعطُوهُ عَشْراً من الإبل، أو عشَرةً، جاز الذكر والأنثى؛ لتناول الإبل النوعين [وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسيِّ وجْهٌ: أنه إن قال: عشرةٌ، فهي للذكور،][(٢)] وإن قال: عَشْراً، فللإِنَاث، وإن قال: أعطوهُ رأساً من الإِبلِ أو البقر أو الغنم، جاز الذكَرُ والأنثىٰ.

ولو أوصَىٰ بكَلْبٍ، أو حمارٍ، حكَىٰ صاحب الكتاب وغيره أَنَّهما لا يتناولاَنِ الأنثَىٰ؛ لأنهم ميَّزوا، فقالوا: كلبٌ، وكلبةٌ، وحمارٌ، وحمارةٌ، ويشبه أن يُقَالَ: إنَّهما للجِنْس، وإنَّ هذا التمييزَ لَيْسَ مستمِرّاً، متقرّراً في اللُّغة، ولذلك قال صاحب «الصِّحَاح»[(٣)] وربَّما قالوا للأتان حِمَارةٌ، فرواه روايةَ الشَّيْء الغَرِيب، وبتقدير استمرارِهِ، فلا شكَّ أن العرف استمر بخلافه، وقد قال بعض الأصحاب: لهذا يتبع العُرُفَ[(٤)].

فَرْعٌ: تكميل البقر بالجواميسِ في نُصُب الزكاة، دخول الجواميس في البَقَر وكونُهما نوعَيْ جنْسٍ واحدٍ.

---

(١) قال النووي: ينبغي أن يكون الأصح تنزيل الوصية على واحد منها.

(٢) سقط في: أ، ز.

(٣) قال النووي: الصواب ما قاله الغزالي وغيره.

وقال في «المعتمد»: الجواميسُ لا تدْخُل فِي البقر إلاّ إذا قال: مِنْ بَقَرِي، وليس له إلاّ الجواميسُ، فوجهان، كما ذكرنا في الظِّبَاء.

الثالثة: الدابَّةُ في اللغة اسْمٌ لما يدِبُّ على وجه الأرض، ثم إنه اشتهر استعماله فيما يُرْكَبُ من البهائم، والوصيةُ تنزل علَىٰ هذا الموضع الثاني، فلو قال: أعطُوهُ دابَّةً حمل على الخيل والبغال والحمير، فيما نصَّ عليه الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ.

واختلف الأصحابُ ـ رحمهم الله ـ فعنِ ٱبْنِ سُرَيْجٍ أن الشافعيَّ ـ رضي الله عنه ـ إنما ذكَرَ ذلك علَىٰ عادَةِ أهْلِ مصْرَ في ركوبها جميعاً، وباستعمال لفظ «الدابة» فيها، فأما في سائر البلادِ، فحَيْثُ لا يستعمل اللفظُ إلاّ في الفرس، لا يعطَىٰ إلاّ الفرَسَ، وعن أبي إسحاق، وابن أبي هريرة، وغيرهما أن الحُكْمَ في جميع البلاد، كما نص عليه، هذا ما أشار إليه صاحبُ الكتاب بقوله: «فقد قيل: يُحْكَمُ بالعرف، وقيل: يُنَزَّلُ على الوَضْع» يعني الوضْعَ الثاني، وهذا أظهر عند الأئمة، وعلى هذا؛ فلو قال: دابَّةً من دَوَابِّي، وله جنْسَانِ من الأجناس الثلاثة، يخير الوارث، فإن لم يكن له إلاّ جنْسٌ واحِدٌ، تعيَّن، وإن لم يكن له شيء منها، فالوصية باطلةٌ.

ويدخل في لفْظ «الدابَّة» الذكر والأنثَىٰ، والسليم والمعيب، والصغير والكبير، هذا عند الإطلاق.

أما إذا قيد؛ فقال: دَابَّةً للكَرِّ، والفَرِّ أو للقتال، حُمِلَ على الفَرس، ولو قال: لينتفع بظهرها ونَسْلِها [ودَرِّها]، فكذلك، ولو قال: يظَهْرِها، ونَسْلِها، حُمِلَ على الفرس، والحمار، ولو قال: للحَمْل، حُمِل على البغَال والحَمير، إلاّ أن يكون في بلد [حرث] جرت عادتهم بالحَمْل على البراذين، فيدخُلُ الكُلُّ.

قال في «التتمة»: بل لو كان المعهودُ في ذلك البلد الحَمْلَ على الجمال والبقَرِ، فيجوز أن يُعطَىٰ حَمَلاً أو بقَرَةً، ولك أن تقول: هذا كلامٌ لم يصدُرْ عن تأمُّل، فإنا إذا نزَّلنا الدابَّةَ علَىٰ الأجناس الثلاثةِ، لا ينتظم منَّا حمْلُها علَىٰ غير هذه الأجناس، بل نصفها بصفة، أو تقييدها بقَيْدٍ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَالرَّقِيقُ يَتَنَاوَلُ الصَّغِيرَ وَالكَبِيرَ وَالمَعِيبَ وَالسَّلِيمِ وَالذَّكَرَ وَالأُنْثَىٰ وَالخُنْثَىٰ، وَإِنْ قَالَ: أَعْطُوهُ رَأْساً مِنْ رَقِيقِي وَمَاتَ وَلَهُ وَاحِدٌ تَعَيَّنَ، وَإِنْ مَاتُوا أَوْ قُتِلُوا قَبْلَ مَوْتِهِ ٱنْفَسَخَتِ الوَصِيَّةُ، وَإِنْ قُتِلُوا بَعْدَ مَوْتِهِ ٱنْتَقَلَ حَقُّ الوَصِيَّةِ إِلَىٰ القِيمَةِ، وَلَوْ قَالَ: أَعْتِقُوا عَنِّي عَبْداً جَازَ المَعِيبُ، وَقِيلَ: يَخْتَصُّ بِالسَّلِيمِ لِعُرْفِ الشَّرْعِ فِي العِتْقِ، وَإِنْ قَالَ: أَعْتِقُوا عَنِّي رِقَاباً فَأَقَلُّهُ ثَلاَثَةٌ، فَإِنْ وَفَّى الثُّلُثُ بِٱثْنَيْنِ وَبَعْضِ الثَّالِثِ ٱشْتَرَيْنَا البَعْضَ عَلَى الأَظْهَرِ (و)، وَإِنْ وَفَّىٰ بِنَفِيسَيْنِ أَوْ خَسِيسَيْنِ وَبَعْضِ الثَّالِثِ فَفِي الأَوْلَىٰ تَرَدُّدٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: اسْمُ الرقيقِ بالوضع يتناول الصَّغير، والكَبِيرَ، والسَّليم، والمَعِيبَ والمسلَم، والكافِرَ، والذَّكر، والأُنْثَىٰ، والخنثَىٰ، وفيه مسائل:

إحداها: إذا قال: أوصيتُ برأسٍ من رقيقي، أو أعْطُوه رأساً من رقيقي، نُظِر؛ إن لم يكن له رقيقٌ يوم الوصية، ولا حدَثَ من بَعْدُ، فالوصية باطلةٌ، وكذا لو قال: أعطُوه عبْدِي الحَبَشِيَّ، أو العبد الذي صفته كَيت وكيت، [ولا عبد له بتلك الصفة يوم الوصية ولا حدث بعده، وإن حدث له أرقَّاءُ][(١)] له إرثاً بعد الوصية، ففيه الوجهان السابقان في أن الاعتبار بيَوْمِ الوصية، أو بيَوْمِ المَوْت، وعليهما يُخرَّج ما إذا كان له أرقاءُ يوم الوصيَّة وحدث آخَرُونَ بعْده؛ هلْ للوارث أن يُعْطِيَه رقيقاً من الحادثين، أم يتعين الأولون؟ ولو لم يملك إلا رقيقاً واحداً، وقال: أعطُوه رأسَيْنِ من رقيقي، فتبطل الوصيةُ، أم تصحُّ ويُدْفَعُ إليه ذلك الواحِدُ؟ فيه وجهان مذكوران في «التتمة» والمذهبُ علَىٰ ما حكاه من تلقَّف عن الإِمام هو الثاني.

وإن كان له أرقاءُ أعطاه الوارثُ منهم مَنْ شاء، نعم، في الخنثَىٰ وجهان:

أصحهما: الجوازُ أيضاً؛ لوقوع الاسمِ عَلَيْه، فإنه إمَّا ذكرٌ أو أنثىٰ.

والثاني: المنع؛ لانْصرافِ اللفْظ إلى الغالب المعْهُود، ويشبه ذلك بما لو أوصَىٰ بدابَّة ينصَرِفُ إلى المعهود دون ما يَدِبُّ علَىٰ وجه الأرض، ولا يجوز أن يُعْطَىٰ غير أرقائه بدلاً إلا برضَى الموصَىٰ له، ولا دون رضاه، أما دون رضاه، فظاهِرٌ، وأما بالرضَىٰ؛ فلأنَّ حقَّه غير متعيِّن، والمصالَحَةُ عن المجهول غيرُ جائزة.

الثانية: له أرقاء، وأوصَىٰ بواحدة منهم، فماتوا، أو قُتِلُوا قبل موت المُوصِي، بطَلَتِ الوصيَّةُ، وإِنْ بَقِيَ واحدٌ، تعيَّنَ ذلك الواحِدُ، وكذا لو أعتقهم إلاَّ وَاحِداً؛ وليس للوارثِ أن يُمْسك الذي بَقِيَ، ويدفع إليهِ قيمةَ واحِدٍ من المقتولين، وإن قتلوا بعد موته، وبعد قَبُول الموصَىٰ له، انتقل، حتى الوصية إلى القيمة، فيصرف الوارثُ قيمةَ مَنْ شاء منهم إليه، وإنْ قتلوا بعد الموت، وقبل القبول، فكذلك إنْ قلْنا بالوقف أو قلنا تملك الوصيَّة بالموت، وإن قلْنا إنَّها تُمْلَكُ بالقبول، بطَلَتِ الوصيةُ، وإن ماتَ واحدٌ منهم، أو قُتِلَ بعد موت المُوصِي، وقَبُول الموصَىٰ له، فللوارث التَّعْيِينُ فيه حتَّى يجب [التجهيز][(٢)] على الموصَىٰ له، وتكون القيمة له، إذا قتل، وإِنْ كان ذَلِكَ بَعْدَ المَوْتِ، وَقَبْلَ القبول، فكذلك أيضاً، إن قُلْنا: تُمْلَكُ الوصيَّة بالموت، أو توقَّفْنا، وإن قلنا: تملك بالقبول، فيُعْطَىٰ واحداً من الباقِينَ، كما لو كان ذَلِك قبل موت المُوصِي.

الثالثة: لو أوصَىٰ برقيقٍ من ماله، ولم يضف إِلَىٰ أَرقائه، فإن لم يَكُنْ له رقيق،

---

(١) سقط في: ز، أ.

(٢) سقط في: ب، أ.

يشتري من ماله، وإن كان فللوارث أن يعطيه واحداً من أرقائه، ويَشْتَرِيَ له كما يشاء، وإن قال: اشتَرُوا له مملوكاً، فكما ذكرنا في قوله «اشْتَرُوا له شاةً» ولو قال: أعطوه شاة، ولم يَقُلْ من مالي، فالجواب في «التهذيب» أنَّ ذلك لا يكُونُ وصيَّةً، وحكى المتولِّي فيه وجْهَيْنِ؛ هذا أحدهما.

والثاني: تصحيحُ الوصيَّة، وجعْلُها كما لو قَالَ: مِنْ مالي؛ لأنه المرادُ ظاهراً، وهذا هو المَذْهب.

الرابعة: لو قال: أعْطُوه عبداً، لم يُعْطَ أمةً ولا خنثَىٰ مشكلاً ولو قال: أَعْطُوهُ أمةً، لم يُعْطَ عبداً، ولا خنثَىٰ مشكلاً وفي الواضح الوجّهان المذْكُوران من قَبْلُ، ولو قال: رقيقاً يستمتع به، أو يَحْضنُ ولده، فهو كما لو قال: أمةً، ولو قال: رقيقاً يخْدمه، فهو كما لو أطْلَقَ.

الخامسة: أَوْصَىٰ بأن يعتق عنه عبداً، فأظهر الوجْهَيْن: أنه يعتق عنه ما يَقع علَيْه الاسم، كما لو قال: أعطو فلاناً رقيقاً.

والثاني: واختاره الماسرجسيُّ: أنه لا يعتق إلاَّ ما يجْري في الكفارة؛ لأن للشَّرْع عرفاً معْلُوماً في العتق، فَينزَّل لفظ الموصِي علَيْه بخلاف العَطَايا والتمليكات فإنه لا عرف فيها.

فرع: قال اشترُوا بثُلُثِي عبداً، وأعتقُوهُ عنِّي فامتثل الوارثُ ما رَسَمُهُ، ثم ظَهَر عليه دَيْنٌ مستغرِقٌ، قال الأئمةِ: إن اشتراه في الذمَّة، وقع عنه، ولزمه الثمن، ويكون العتْقُ عن الميت؛ لأنه أعتق عنه، وإن اشتراه بَعَيْنِ التركة، بَطَل الشراء، والعتق؛ لأنه تبين أنَّهُ تُصَرَفُ فيما يتعلَّق به حق الغير، فأشبه التصرُّف في المرهون، هكذا أطلقوه، ولم يذْكُروا فيه خلافاً؛ لكنه قد سبَقَ تفْصِيلٌ في تصرُّف الوارث في التركة مع قيام الدَّيْن، وذكرنا على تقدير البُطْلان خلافاً في أنه إذا تَصرَّف فيه، ثُمَّ ظَهَر دَيْنٌ، تبيَّن بطلانه، أم لا؟ وهذا ينبغي أن يكون على ذلك الخِلاَفِ.

السادسةُ: إذا قال: أعتِقُوا عنِّي رقاباً، أو قال: اشترُوا بثُلُثِ مالي رِقَاباً، وأعتقُوهُمْ، فأقلُّ عدد يَقَع علَيهِ اسمُ الرِّقَاب ثلاثةٌ، فَيُنْظَرُ؛ إن تيسَّر شراءُ ثلاثِ رقابٍ فصاعداً، بثلثه فعل، قال الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ: والاستكثارُ مع الاسْتِرْخَاصِ أولَىٰ من الاستقلال مع الاستغْلاَءِ؛ ومعناه أن إعتاقَ خَمْسِ رقابٍ قليلةِ القيمة، أولَىٰ من إعتاق أربع كثيرةِ القيمةِ؛ لما فيه من تخْلِيص رقبةٍ زائدةٍ عن الرِّقِّ، وقد قال ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً أَعْتَقَ اللَّهُ بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهَا عُضْواً مِنْهُ مِنَ النَّارِ»[1] ولا يجوزُ صرفُ الثلث،

---

(١) متفق عليه من حديث أبي هريرة، وفي رواية لهما: من أعتق رقبة مؤمنة، وفي الباب عن أبي أمامة صححه الترمذي، وعن كعب بن مرة أخرجه أحمد وأصحاب السنن.

والحَالَةُ هذه، إلى رقبتَيْنِ، أو رقبة، فإن صرفه إلَىٰ رقبتَيْن، قال الشيخ أبو الفرج الزاز: يضمن الوصيُّ الرقبةَ الثالثَةَ، وضمانُهُ ثلثُ ما نفذ فيه الوصية، أو أقلُّ ما يَجِدُ به رقبةً؟ فيه خلافٌ، كما لو دفع نصيب أحد أصناف الزكاة إلى اثنين، وإن لم يتيسَّر شراءُ ثلاثِ رقابٍ بالثلث، فيُنْظَرُ؛ إن لم يوجَدْ به إلاَّ رقبتان، اشتريناهُمَا، وأعتقناهما، وإن وجدْنا رقبتين، وفضل شيء، فهلْ يشتري بالفَاضِلِ شِقْصاً؟ فيه وجهان:

أحدهما: ويُحْكَىٰ عن أَبي إِسحاق: نعم؛ تكثيراً للعتق؛ ولأنه أقرب إلَىٰ غرض المُوصِي.

والثاني: وبه قال ابن سُرَيْج: لا؛ لأن الشِّقْص ليْسَ برقبة، فصار كما لو قال: اشتَرُوا بثُلُثِي رقبةً وأعتقوه، فلمْ يجد به رقبةً، لا يشتري الشقص ولأن نفاسة الرقبة مرْغُوبٌ فيها، رُوي أنه ﷺ سُئِلَ عن أَفْضَلِ الرِّقَابِ، فَقَالَ: «أَكْثَرُهَا ثَمَناً، وأَنْفَسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا»[1] فيراعيها إذا ألزمنا محذور التَّشقيصَ، والوجه الأولُ أظهرُ عند صَاحِبِ الكتاب، والثاني أَظْهَرُ عند عامَّة الأَصْحَاب، وهو ظاهر النَّصِّ، فإن قلْنا: لا يشتري الشِّقْص، اشترينا رقبتين نفيسَتَيْنِ، يستغرق ثمنهما الثلث، فإنْ فَضَلَ عن أَنْفس رقبتينِ، وجدناهما، بطلت الوصية فيه، ويرد على الورثة، وإن قُلْنَا: يشتري الشِّقْص، فذاك، إذا وجد شقْص يشتري بالفَاضِلِ، وزاد علَىٰ ثمن أنفس رقبتين شيء. أما إذا لم يكُنْ شراء شقْصٍ بالفاضل، إما لقلَّتِه، أو لِفِقْدَانِ الشِّقْص، فيشتري رقبتان نفيستان، فإن فَضَل شيءٌ عن أنفس رقَبَتَيْنِ وجدناهما، بطَلَتِ الوصيةُ فيه، وفيه وجه أنَّه يُوقَفُ إلَىٰ أن يوجد شِقْص، وإن لم يزد على ثمن أنفس رقبتين شَيْءٌ؛ بل أمكن شراءُ رقبَتَيْنِ نفيسَتَيْنِ، وأمكن شراءُ خسيستين، وشِقْصٌ من ثالثة فأيُّ الطريقتين أولَىٰ؟ فيه وجهان:

أحدهما: الأوَّلُ لمعنَىٰ النَّفَاسَة.

وثانيهما: الثاني؛ لما فيه من كَثْرةِ العِتْق، وهذا أشبه بمأْخَذَ الوَجْه الذي عليه نفرع، ولو كان لفظ الموصِي: اَصْرِفُوا ثُلُثِي إلى العتق، فلا خلاف في أنَّا نشتري الشِّقْصَ، ولو قال: اشْتَرُوا عبداً بألف، وأعتقوه، فلم يخْرُجِ الألف من ثلثه، وأمكن شراءُ عبْدٍ بالقدْر الذي يخرج، فيشتري ويُعْتَقُ كما لو أوصَىٰ بإعتاق عبد، فلم يخرج جميعُهُ من الثلث فيتعين، إعتاق القدر الذي يخرج، وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: لا يشتري وتَبْطُلُ الوصية. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الطَّرَفُ الثَّالِثُ فِي المُوصَىٰ لَهُ فَإِذَا قَالَ: لِحَمْلِ فُلاَنَةٍ، كَذَا فَأَتَتْ

---

(١) متفق عليه من حديث أبي ذر بلفظ: أعلاها، بدل أكثرها، وهو في الموطأ من حديث عائشة بلفظ المصنف.

بِوَلَدَيْنِ وُزِّعَ عَلَيْهِمَا بِالسَّوِيَّةِ، وَٱسْتَوَىٰ الذَّكَرُ وَالأُنْثَىٰ فِي المِقْدَارِ، فَلَوْ خَرَجَ حَيٌّ وَمَيِّتٌ فَالْكُلُّ لِلْحَيِّ، وَقِيلَ يَسْقُطُ الشَّطْرُ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ حَمْلُهَا غُلاماً فَأَعْطُوهُ فَوَلَدَتْ غُلامَيْنِ أَوْ غُلاماً وَجَارِيَةً لَمْ يَسْتَحِقَّ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ فِي بَطْنِهَا غُلامٌ فَأَعْطُوهُ ٱسْتَحَقَّ الغُلامُ دُونَ الجَارِيَةِ، وَإِنْ كَانَا غُلامَيْنِ فَثَلاثَةُ أَوْجُهٍ، قِيلَ: يُوَزَّعُ عَلَيْهِمَا، وَقِيلَ: خِيَارُ التَّعْيِينِ إِلَىٰ الوَارِثِ، وَقِيلَ: يُوقَفُ بَيْنَهُمَا إِلَىٰ الصُّلْحِ بَعْدَ البُلُوغِ، وَكَذَا الحُكْمُ إِذَا أَوْصَىٰ لِأَحَدِ الشَّخْصَيْنِ وَمَاتَ قَبْلَ البَيَانِ إِنْ جَوَّزْنَا الإِبْهَامَ فِي المُوصَىٰ لَهُ وَصَحَّحْنَا هَذِهِ الوَصِيَّةَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: من المواضِعِ التي يُبْحَثُ فيها عن اللَّفظ المستعْمَلِ في المُوصَىٰ له والوصيَّة للحَمْلِ، وقد سبق شرطُ صحَّتِها، والنَّظَرُ الآن في قضية اللَّفْظَ بٱعتبار العدد، والذُّكورة، والأنوثَة، وفيه صورتان:

إحداهما: إذا قال: أَوْصَيْتُ لحملِ فلانَة بكذا، فأتت بولدَيْنِ، وُزِّعَ عليهما بالسَّويَّة، ولا يفضل الذكر على الأُنْثَىٰ، كما لو وَهَبَ من رجُلٍ وامرأةٍ شيئاً، وإنما التفضيلُ في التَّوْريث بالعُصُوبة، نعم، لو فضل صريحاً فقال: إن كانَ في بطْنها ذَكَرٌ فله كذا، وإن كان في بطْنِها أنثى فكذا، كان الأمر علَىٰ ما ذكر، ولو خرج حيٌّ وميِّتٌ، فوجهان:

أظهرهما: أن الكلَّ للحيِّ والميت كالمعدوم؛ ألا ترى أن الواحد، إذا انفصل مَيْتاً، تبطل الوصيةُ، ولا يُصْرَفُ إِلَىٰ ورثته شيء، وصار كالميراث الموقُوف للحَمْلِ؟ وفيه وجهٌ؛ أنَّه يسقُط الشطْرُ، ويكون للوارث، ويصرف النصفُ إلى الحيِّ أخْذاً بالأسوأ في حقِّه.

الثانية: لو قال: إنْ كان حملُها غلاماً، فأعطوه كذا، وإن كان جاريةً فكذا، أو اقتصر على أحد الطرَفَيْنِ، فإن ولدتْ غلاماً، أو جاريةً، فعلَىٰ ما ذكرنا، وإن ولدتْ غلاماً وجارية، فلا شيء لواحدٍ منهما؛ لأنَّه شَرَطَ صفة الذكورة أو الأنوثة في جُمْلة الحَمْل، ولم يحْصُل، وإن ولدت غلامَيْن، فالجوابُ في الكتاب أنه لا شَيْءَ لهما؛ لأن التنكير يُشْعِر بالتوحيد.

ويَصْدُق أن يُقَالَ: بأن حملها غلامان، لا غلام، لكنه ذكر في «الطَّلاق»؛ أنه لو قال: إن كان حملُكِ ذَكَراً، فأنتِ طالقٌ طلقةً، وإن كان أنثَىٰ، فأنت طالقٌ طلقَتَيْنِ، فولدَتْ ذكَرَيْن، وجْهَيْن:

أحدهما: أنها [لا][1] تُطلَّقُ؛ لهذا المعنَىٰ.

والثاني: تُطلَّقُ واحدةً والمعنَىٰ، إن كان جنس حملِكِ ذَكَراً، ولا فرْقَ بين البابَيْنِ،

---

(١) سقط في: ب، ز.

فيجيء وجه آخر؛ أنه يقسم المذكور بينهما، وهذا ما أجاب به الشيخ أبو الفرج الزاز، قال: وبمثله لو قال: إن كان حملها ابناً، فله كذا، وإن كان بنتاً فكذا، فولدَتِ ابنين، فلا شيء، لهما، [وفرق] بأن الذكر والأنثى أسماء جنس، فيقع على الوَاحِد والعَدَد، بخلاف الابن والبنت، وهذا ليس بمتضح، والقياسُ ألا[1] فَرْق.

ولو قال: إنْ كان ما في بَطْنِهَا غلاماً، والذي في بطنها، فهو كما لو قال: إن كان حمْلُها غلاماً. ولو قال: إنْ كانَ فِي بَطْنِهَا غلامٌ، فأعطوه كذا، فولدَتْ غلاماً وجارية، استحق الغلامُ ما ذكره؛ وإن ولدَتْ غلامَيْن، فوجهان منقولان في «التتمة»:

أحدهما: بُطْلاَنُ الوصية، وهذا يخرَّج على قولنا: «إن التنكير يقتضي التوحِيدَ».

أظهرهما: وهو المذكور في الكتاب: أنها [لا][2] تبطُلُ، وعلَىٰ هذا؛ فثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يوزَّع عليهما، فليس أحدهما أولَىٰ من الآخر.

وأشبههما: أن الوارِثَ يتخيَّر، فيصرفه إلَىٰ من شاء منهما، كما لو وقع الإبهام في المُوصَىٰ به يرجع إلى الوارث.

والثالث: أنه يوقَفُ بينهما إلَىٰ أن يبلغا، فيصطَلِحَا، وتجري الأوْجُه فيما إذا أوصَىٰ لأحد الشخصين، وجوَّزنا الإبهام في الموصَىٰ له ومات قبل البيان ففي وجْهٍ: يُوَزَّعُ، وفي آخر تَعْيِينِ الوارث، وفي آخر يوقَفُ بينهما إلى أن يصطلحا.

ولو قال: إن كانتْ حاملاً بغلام، أو إن ولدَتْ غلاماً، فهو كما لو قال: إن كان في بطْنِها غلامٌ، ولو قال: إن ولدت ذكراً، فله مائتان، وإن ولدت أنثَىٰ، فلها مائة، فولدت خنثَىٰ، دُفِعَ إلَيْه الأقلُّ، وإن ولدت ذَكراً وأنثَىٰ[3]، فلكل واحد منهما ما ذُكِرَ، ولو ولدَتْ ذكَرَيْن وأنثيين جاءَ الوجهان، ثم الوجوهُ الثلاثةُ في كلِّ واحدٍ من الصنفين، وقد عرفتَ ممَّا بيَّنَّا أن جوابَ صاحب الكتاب، فيما إذا قال: إن كان حَمْلُها غلاماً فأعطوه كذا، فولدَتْ غلامَيْن، لا يلائم جوابه فيما إذا قال: إنْ كان في بَطْنِها غلامٌ، فولدَتْ غلاَمَيْن.

وقوله: «إن جوَّزنا الإبهامَ في المُوصَىٰ به، وصحَّحنا هذه الوصية» بَسْطٌ في العبارة، وأحدُهُمَا مغْنٍ عن الآخر، والله أعلم.

---

(١) قال النووي: بل الفرق واضح، والمختار ما قاله أبو الفرج، فيقسم بين الذكرين في الصورة الأولى، دون الثانية، لما ذكرناه من الفرق.

(٢) سقط في: ب، ز.

(٣) في أ: وإن ولدت ذكراً أو أنثى.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِذَا أَوْصَىٰ لِجِيرَانِهِ أُعْطِيَ لِأَرْبَعِينَ (ح و) جاراً مِنْ أَرْبَعَةِ جَوَانِبَ قُدَّامٍ وَخَلْفٍ وَيَمِينٍ وَشِمَالٍ لِلحَدِيثِ، وَاسْمُ القُرَّاءِ لِمَنْ يَحْفَظُ جَمِيعَ القُرْآنِ، فَإِنْ لَمْ يَحْفَظْ عَنْ ظَهْرِ قَلْبٍ فَوَجْهَانِ، وَالعُلَمَاءُ يُنَزَّلُ عَلَى العُلَمَاءِ بِعُلُومِ الشَّرْعِ، وَيَدْخُلُ فِيهِ التَّفْسِيرُ وَالحَدِيثُ وَالفِقْهُ، وَلاَ يَدْخُلُ فِيهِ مَنْ يَسْمَعُ الحَدِيثَ فَقَطْ وَلاَ عِلْمَ لَهُ بِطَرِيقِ الحَدِيثِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في الفصل صور:

إحداها: لو أوصَىٰ لجيرانه، فالمشهورُ من المذْهَب أنه يُصْرَفُ إلى أربعين داراً مِن كل جانبٍ من الجوانبِ الأربعةِ؛ لِمَا رُوِيَ أنه ﷺ قال: «حَقُّ الْجِوَارِ أَرْبَعُونَ دَاراً هَكَذَا، وَهَكَذَا، وَهَكَذَا، وَهَكَذَا وأَشَارَ قُدَّاماً، وَخَلْفاً، وَيَميناً، وَشِمَالاً»[1].

وعند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ الجار هو الذي يلاصق دارُه دارَهُ، وحَكاه بعضُهم وجهاً لنا.

وقال الأستاذ أبو منصورٍ: من يلاصق دارُه دارَهُ من الجوانب جارٌ، وفيمن ليس بملاصقٍ كالذي بابُ دارِهِ حذاء بابِ دارِهِ، والذين هم في زقاقٍ واحدٍ غير نافذ ـ اختلافٌ للأصحاب[2].

وقال أحمد ـ رحمه الله ـ فيما روى صاحب «التهذيب» وغيره: إن جيرانه الَّذين يحْضُرُون مسْجِدَه، والمشْهُور عنه كالمَشْهور من مذْهَبِنا.

الثانية: إذا أوصَىٰ للقُرَّاء، لم يُصْرَفْ إلَىٰ من يقرأ بعْضَ القرآن، بل إلى الَّذِينَ يقرؤون الجميع؛ لأنهم الذين يقع الاسم عليهم في العَادَةِ، وهلْ يدْخُلُ فيه من لا يحْفَظ، ويقرأ من المُصْحَف؟ فيه وجهان؛ يُنْظَرُ في أحدهما إلى الوضع، وفي الثاني إلى العُرْف، وهو الأظهر، ولك أن تقول: اسم القراء، والمقرِئينَ في هذه الأعْصَارِ يُطْلَقُ على الحُفَّاظ، وعلى الذين يَقْرَؤُونَ بالألحان.

وبالمعنَىٰ الثاني لا يُشْتَرَطُ لإطلاق اللَّفْظ الحِفْظُ، ولا قراءة جميع القرآن، فيجوز أن يُقَالَ: إنْ كان هناك قرينةٌ تُفْهِمَ أحد المعنَيَينِ، فذاك، وإلاَّ، فهُوَ كما لو أوصَىٰ

---

(١) أبو داود في المراسيل بسند رجاله ثقات إلى الزهري بلفظ: أربعون داراً جار، قال الأوزاعي: فقلت لابن شهاب: كيف قال الأربعون عن يمينه ـ الحديث ـ قال البيهقي: وروي من حديث عائشة، أنها قالت: يا رسول الله ما حد الجوار؟ قال: أربعون داراً، وفي رواية عنها: أوصاني جبريل بالجار إلى أربعين داراً عشرة من ههنا ـ الحديث ـ قال البيهقي: وكلاهما ضعيف، والمعروف المرسل الذي أخرجه أبو داود انتهى. ورواه ابن حبان في الضعفاء مثل ما ذكره الرافعي سواء من حديث أبي هريرة، وفي إسناد عبد السلام بن أبي الجنوب وهو متروك، ورواه الطبراني من حديث كعب بن مالك نحو سياق أبي داود، وينظر في إسناده. قاله الحافظ في التلخيص.

(٢) قال النووي: ويقسم المال على عدد الدور، لا على عدد سكانها.

للموالِي[١].

الثالثةُ: إذا أوصَىٰ للعلماء، أو لأهل العلْم صُرِفَ إلى العُلَماء بعُلوم الشرع التفسير والحديث والفقه، ولا يدخل في هذا الاسم الذين يَسْمَعُون الحديثَ، ولا علْم لهم بطُرُقِه لا بأسامي الرواة، ولا بالمُتُون، فإنَّ السماع المجرَّد ليس بعلم، وكذلك لا يدْخل فيه المقرئون، والمعبّرون، والأُدَبَاء، والأَطِبَّاء، والمَنجِّمُون، والحُسَّاب، والمُهَنْدِسُون، وهكذا ذكر أكثرهم في المتكلِّمين، وفي «التتمة» أن الكلام يدْخُلُ في العلوم الشرعية، وهذا قريبٌ[٢]؛ لأن إطلاق اسم العلماء في الفُقَهَاء عُرْفٌ مشهور، وهو بالفارسيَّة في

---

(١) قال النووي: الصواب ما رجحه الأصحاب: أنه لا يعطي إلا من يحفظ الجميع.

(٢) قال في الخادم: الصرف لمن ذكر أي من علماء التفسير والحديث والفقه إن دلت عليه قرينة فذاك وإن كان مستنده ـ يعني الرافعي ـ العرف العام فممنوع، فقد قال الكلاباذي، إذا أطلقوا كان المفهوم منه الفقهاء، فأما سائر العلماء فإنما يستعمل لهم ما يختصون به، ولهذا يقولون هذا قول المتكلمين وقول المفسرين وقول اللغويين وقول النحاة وقول القراء ينسبون أهل كل نوع من العلم إلى منتحله. وأما العلماء فاسم يختص به الفقهاء عند الإطلاق، وحمل عليه قول النبي ﷺ «سائر العلماء» قال: أراد به علم الأحكام فإن البلوى فيه أكثر والحاجة إليه أمس. قال ـ أعني صاحب الخادم ـ: والذي قاله هو الذي يسكن إليه القلب، وقد قال الماوردي: لو أوصى لأعلم الناس صرفها إلى الفقهاء خاصة لتعلق الفقه بأكثر العلوم، ويعلم من كلام الشيخ أنه لا يشترط في الصرف إليه الإحاطة بالثلاثة بل يكفي العلم بأحدها، والمراد بالمفسر العارف بمعاني الآيات وأحكامها. قال الفارقي: ولا يصرف إلى من عرف تفسير القرآن ولم يعرف أحكامه؛ لأنه كناقل الحديث. قال: وهكذا لا يصرف لمن عرف طرق الحديث، ولم يعرف أحكامه؛ لأنه لا يصير من علماء الشرع بذلك القدر وتابعه تلميذه ابن أبي عصرون في الانتصار، وإليه يرشد قول الماوردي في الوقف أنه لا يصرف للقراء وأصحاب الحديث؛ لأن العلم ما تصرف في معانيه دون ما كان محفوظاً للتلاوة، وأفتى الكيا صاحب الإمام أنه لو أوصى للعلماء أو الفقهاء يدخل فيه كتبة الحديث لحديث «من حفظ على أُمتي أربعين حديثاً» ولعله أراد كتبة الحديث لمن عنده شيء من العلم، والمراد بالفقه معرفة الأحكام الشرعية نصاً واستنباطاً فلا يدخل في ذلك الظاهر كما هو المنقول عن ابن سريج والقاضي الحسين وغيرهما والمقري والتالي. قال الشيخ ابن الرفعة في المطلب: أما العارف بالروايات ورجالها فكالعالم بطرق الحديث والمراد بالأدب النحاة وأهل اللغة قال في الخادم: وسُئِلَ ابن خزيمة عن الكلام في الأسماء والصفات فقال: بدعة ابتدعوها ولم يكن أئمة المسلمين وأرباب المذاهب وأئمة الدين كمالك وسفيان والأوزاعي والشافعي وأحمد وإسحاق ويحيى بن يحيى وأبي حنيفة ومحمد بن الحسن وأبي يوسف يتكلمون في ذلك وينهون عن الخوض فيه ويدلون أصحابهم على الكتاب والسنة فإياك والخوض فيه والنظر في كتبهم بحال.

ثم قال ويجوز أن يكون مراد الشافعي المتكلم الذي ذمه وقال فيه: لأن يلقى العبد ربه بكل ذنب ما عدا الشرك خير من أن يلقاه بعلم الكلام، وذلك أنهم يبنون الكلام فيه على الفلسفة وأقوال أهل البدع وخلط الحق بالباطل وعلى هذا ينزل كلام الأكثرين أما من دأبه رد البدعة وتمييز الاعتقاد الصحيح ونصرته على طريق السلف فلا شك أنه من العلوم الشرعية، وعليه ينزل كلام=

لفظ دَانِسْمَنْدانَ[١] أظهر لكن لا يُعْرفُ في العُرْف فَرْقٌ بين المفسِّر، والمحدِّث، وبين المتكلِّم، فليدخل الكلُّ، أو ليخرُجِ الكلُّ.

ولو أوصَىٰ للمتفقهة، أو الفقهاءِ، أو الصُّوفية، فعلَىٰ ما ذكرنا في الوقْفِ؛ لكن لفظ صاحب «التهذيب» لا يقنع؛ بما مر في تفسير الفقهاء؛ لأنَّه قال: ولو أوصَىٰ للفقهاء، فهو لِمَنْ يُعْلَم أحكام الشَّرْع من كلِّ نوعٍ شيئاً، وفي «التتمة»: أن الرجوع فيه إلى العادة فمن يَسمَّىٰ فقيهاً يدخل فيه، ثم حكى وجهاً في أن مَنْ حَفِظ أربعينَ مسألةً، فهو فقيهٌ؛ لما رُوِيَ أنه ﷺ قال: «مَنْ حَفِظَ عَلَىٰ أُمَّتِي أَرْبَعِينَ حَدِيثاً، كُتِبَ فَقِيهاً»[٢] ولا يقْوَىٰ هذا لِلاَحتجاج؛ لأن حفظ الشيء غيرُ حفْظِهِ على الغَيْر، وأيضاً، فلا دلالة لَهُ على اعتبار أربعين مسألةً، فقد تجتمع أحاديث كثيرة في المسألة[٣] الواحِدَةِ.

ولو أوصَىٰ لأعقل النَّاس في البلد، صُرِفَ إلَىٰ أزهدهم في الدُّنيا، حكاه عبد الرحمن بن أبي حاتم عن الرَّبيع، عن نصِّه، ولو أوصَىٰ لأجهلِ النَّاس، روى القاضي الرُّويانيُّ أنه يُصْرَفُ إلى عبدة الأوثان، فإن قال: من المسلمين، قال: مَنْ يسبُّ الصحابة - رضي الله عنهم - وفي «التتمة» أنه يُصْرَفُ إلى الإماميَّة المنتظرة للقائم، وإلَىٰ المشبِّهَة الذين يثبتون للَّه تعالَىٰ الجوارحَ والأعْضَاءَ[٤].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ أَوْصَىٰ لِلْفُقَرَاءِ دَخَلَ المَسَاكِينُ، وَلِلْمَسَاكِينِ دَخَلَ الفُقَرَاء إِذْ يُطْلَقُ الاسْمَان عَلَى الفَرِيقَيْنِ، وَلَوْ أَوْصَىٰ لِلفُقَرَاءِ وَالمَسَاكِينِ وَجَبَ الجَمْعُ بَيْنَ الفَرِيقَيْنِ،

= المتولي والرافعي ولا ينبغي خلاف، وقد صرح بذلك الصيمري في شرح الكفاية وألحق الفارسي في تعليقه علم المنطق بعلم الكلام، وقد جعله الغزالي في الإحياء منه فقال: والمنطق هو بحث عن وجه الدليل وشروطه ووجه الحد وشروطه وهما داخلان في علم الكلام.

(١) كلمة فارسية بمعنى: العلماء.

(٢) رواه الحسن بن سفيان في مسنده، وفي أربعينه من حديث ابن عباس، وروى من رواية ثلاثة عشر من الصحابة. أخرجها ابن الجوزي في العلل المتناهية، وبين ضعفها كلها، وأفرد ابن المنذر الكلام عليه في جزء مفرد قاله الحافظ في التلخيص.

(٣) قال النووي: وقيل: يصرف إلى مرتكبي الكبائر من المسلمين، إذ لا شبهة لهم والله أعلم.

قال في الخادم: إن كلامهم على هذه الصورة يقتضي صحة الوصية للمذكورين، وهو لا يلائم قولهم إنه يشترط في الوصية لجهة عدم المعصية، وقد تفطن لذلك صاحب الاستقصاء فقال: ينبغي ألا تصح لهم الوصية لما فيها من المعصية كما لا تصح لقاطع الطريق.

(٤) وعصام بن يوسف هذا حنفي، وقضيته أن أبا إسحاق رواه لا من جهة عصام، وليس كذلك ففي تعليق القاضي أبي الطيب: سمعت الماسرجسي يقول: سمعت أبا إسحاق المروزي بمصر يقول: رأيت في رواية عصام عن الشافعي أنه قال: إذا أوصى للفقراء لم يدخل المساكين بخلاف العكس. قال القاضي: وهذا أصح، والمشهور الأول.

وَإِنْ أَوْصَىٰ لِسَبِيلِ اللَّهِ فَهُوَ لِلغُزَاةِ، وَلِلرِّقَابِ فَهُوَ لِلمُكَاتَبِينَ (م) بِعُرفِ الشَّرْعِ، ثُمَّ لاَ يَجِبُ الاَسْتِيعَابُ، وَأَقَلُّ مَا يَكْفِي مِنْ كُلِّ جِنْسٍ ثَلاَثَةٌ (ح)، وَلاَ يَجِبُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الثَّلاَثِ إِلاَّ إِذَا أَوْصَىٰ لِثَلاَثَةٍ مُعَيَّنِينَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يدْخُل في الوصيَّة للفقراءِ المساكينُ، حتَّىٰ يجوز الصرفُ إلَىٰ هؤلاء، وإلى هؤلاءِ، وكذلك يدخل في الوصية للمساكين الفقراءُ، ويجوز الصَّرْفُ إلى الصِّنفَيْنِ؛ لأنَّ كلَّ واحد من الاسمَيْنِ يقع على الفَرِيقَيْنِ عنْد ٱلاَنفِرَادِ؛ وعن أبي إسحاق المَرْوَزِيِّ روايةُ قَوْلٍ: أنَّ ما أوصَىٰ به للفقراءِ، لا يجوز صرْفُه إلى المساكين، وبالعَكْس، يجوز؛ لأن حاجة الفقراء أشدُّ، وهذا في «الرقْم» منسوبٌ إلَىٰ رواية عصام ابن يوسُفَ عن الشَّافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ ولو جمع بينهما، فأوصَىٰ للفقراء والمساكينِ، يجب الجمع بينهما، كما في الزكاة.

ولو أوصَىٰ لسبيل الله؛ وقال ضَعُوا ثُلُثِي في سبيل الله، فهو للغزاةِ الَّذين تُصْرَفُ إليهم الزكاةُ، ولو أوصَىٰ للرقاب أو قال: ضَعُوا ثُلُثِي في الرقاب، فللماكتَبِينَ، فإن دُفِعَ إلَىٰ مكاتَبٍ، فعاد إلى الرِّقِّ، والمالُ باقٍ في يده، أو في يد السيِّد، استرد، ولو أوصَىٰ للغارمين، أو لاَبن السبيل، فلمن تُصرَفُ إليه الزكاة منهم؟ وبالجملة فالحُكْمُ في هذه المسائلِ كما في الزكاة؛ أخذاً بعُرَفِ الشرع فيها؛ ولذلك يقول: لو أوصَىٰ للفقراء والمساكين، يُجْعَلُ المالُ بين الصنفَيْنِ نصْفَيْنِ، ولا يُجْعَلُ، كما لو أوصَىٰ لبني زَيْدٍ، بني عمْرو، حيث يقسم [المال][1] علَىٰ عدَدِهِمْ، ولا ينصَّف، ولا يجب الاستيعاب.

ويكفي الصَّرْف من كلِّ صنْفٍ إلى ثلاثة، ولا يجب التسويةُ بين الثلاثة، ولو صرف إلى ٱثنَيْنِ، غرم، إما الثلث، أو أقلَّ ما يُتَمَوَّل؛ على الخلاف المذكُورِ في «قسم الصدقات» ثم ليس له دفْعُ ما يغرمه إلى ثالث، بل يسلِّمه إلى القاضي؛ ليدفع بنفسه، أو يردَّه إليه، ويأتمنه في الدفع.

والوصيةُ للعلماء وسائر الموصُوفِينَ كالوصيَّة لأصناف الزكَاة في أنه لا يجِبُ الاستيعابُ، ويقتصر على ثلاثةٍ، والأولَىٰ استيعابُ الموجُودِينَ عند الإمكان كما في الزَّكَاة. ولو أوصَىٰ لفقراءِ بلدةٍ بعينها، وهُمْ عددٌ محصُورُون، فيشترط ٱستيعابُهم، والتسويةُ بينهم؛ لتعيُّنهم بل يشترط القبول [في] هذه الوصية بخلاف الوصية لمطلق الفقراء، ذكره صاحب «التهذيب» وغيره، واعلم أنا سنذكر الخلافَ في أنَّ ما أوْصَىٰ به للفقراء أو المساكينِ، هل يجوز نقلُهُ من بلدةِ المَال إلى غيره؟ فإذا قلْنا: لا يجوز،

---

(١) سقط في: ز، ب.

وجب أن يكون قولُه «أوصيت للفقراء» وفقراءُ البلدة محصورُونَ، بمثابة قَوْلِهِ «أوصيت لفقراءِ هَذِهِ البلدة وهم محصُورُونَ» ويدلُّ عليه أن الأستاذ أبا منصورٍ ذَكَر في الوصيَّة للغارمين أنه يعطَىٰ لثلاثة منهم، إن كانوا غَيْرَ محصُورِين. وإن كانوا محصورين، استوعبوا، فإن اقتصر الوصيُّ على ثلاثة، فيجزئه أم يضمن حصَّة الباقين؟ جعله على جوابَيْنِ، إن قلْنا بالثاني، فالحساب عَلَىٰ ديونهم، أم على عدد رؤوسهم؟ فيه وجهان[1]

ولو أوصَىٰ لثلاثةٍ معينين، وجب التسوية بينهم، بخلاف الثلاثة المصْروفِ إِلَيْهم من الفُقَراء وسائر الأصناف، فإنا عرفْنا ذلك من معْهُود الشَّرْع في الزكاة، وها هنا الاستحقاق مضافٌ إِلَىٰ أعيانهم.

ويجوز أن يُعلَّمَ قولِهِ: «دخل فيه المَسَاكِين» بالواو، وقوله: «فهو للمكاتَبِين» بالميم، وقوله: «وأقل ما يكفي من كلِّ جنسٍ ثلاثة» بالحاء والألفِ، لأن الحُكْم ها هنا كما في الزَّكَاة، وسنذكر مذْهَبَهُم في «قسم الصدقات».

ولو أوصَىٰ لسبيل البر، أو الخَيْر، أو الثَّواب؛ فعلَىٰ ما ذكرنا في الوَقْف؛ ولو قال: ضعْ ثُلثي حيث رأيْتَ، أو فيما أراكَ اللَّه، لا يضَعُه في نفْسِهِ، كما لو قال بِعْ بكذا، لا يبيعه من نَفْسِهِ، والأَولَىٰ صرفُهُ إلىٰ أقارب المُوصِي الذين لا يَرِثُون منه ثم إِلَىٰ محارمه من الرِّضَاع، ثم إِلَىٰ جيرانه[2] واللَّه أعلم.

---

(١) قال النووي: الصحيح المعتمد ما قاله الأصحاب.
قال الزركشي: فيه أمران:
أحدهما: ما نقله عن صاحب التهذيب من وجوب الاستيعاب واشتراط التسوية واشتراط قبولهم، في الثلاثة كلام. أما الأول وهو الاستيعاب فصرح النووي في تصحيح التنبيه أنه لا خلاف فيه حيث قال: الصواب أنه إذا أوصى لفقراء بلد معين، وهم محصورون وجب استيعابهم. انتهى.
وينبغي تخصيص الاستيعاب بما إذا كان يحصل لكل واحد مع التوزيع قدر له وقع فإنه على الموصى به وكان المدفوع إلى كل فرد لا يعني شيئاً لعائلته فيظهر التخصيص بحسب الحاجة والعيال.
وأما التسوية ففيه نظر؛ لأنه لم يثبت لهم على التعيين، وقال في المطلب: المراد بالتسوية الدفع إلى ثلاثة من الفقراء أو المساكين أو الرقاب أو الغارمين أو في سبيل الله إنما بنى على قدر حاجتهم لا في مقدار العطايا، فإذا كانت حاجة بعضهم تندفع بمائة والآخر بمائتين والآخر بثلاثمائة وكان الثلث لا يفي بذلك فالتسوية أن يعطي الأول سدس الثلث والثاني ثلثه والثالث نصفه؛ لأنه يقسم الثلث بينهم أثلاثاً كما بين ذلك في قسم الصدقات.
أما القبول فكلام القاضي أبي الطيب يقتضي عدم اشتراطه.
(٢) قال في الخادم: فيه أمران.
أحدهما: وفي عبارته إيهام جواز صرفه إلى أقاربه الوارثين وليس كذلك كما نص عليه الشافعي=

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ أَوْصَىٰ لِزَيْدٍ وَلِلفُقَرَاءِ، قَالَ الشَّافِعِيُّ القِيَاسُ أَنَّهُ كَأَحَدِهِمْ، فَقِيلَ: مَعْنَاهُ أَنَّهُ لَوْ أَعْطَىٰ أَرْبَعَةً أَوْ خَمْسَةً فَيُعْطِيهِ الخُمُسَ أَوِ السُّدُسَ فَيَكُونُ كَأَحَدِهِمْ (و)، وَقِيلَ: يَكْفِيهِ (م ح) أَقَلُّ مَا يَتَمَوَّلُ إِذْ لَهُ ذَلِكَ فِي آحَادِ الفُقَرَاءِ، وَقِيلَ: يُعْطِيهِ الرُّبُعَ (خ) إِذْ أَقَلُّ عَدَدِ الفُقَرَاءِ ثَلاَثَةٌ، وَقِيلَ: النِّصْفَ (م) لِزَيْدٍ وَالنِّصْفَ لِلفُقَرَاءِ لِلْمُقَابَلَةِ فِي الذِّكْرِ وَهُوَ خِلاَفُ النَّصِّ، وَلَوْ أَوْصَىٰ لِلعَلَوِيِّينَ أَوْ الهَاشِمِيِّينَ أَوْ قَبِيلَةٍ عَظِيمَةٍ فَفِي صِحَّةِ الوَصِيَّةِ قَوْلاَنِ، وَوَجْهُ الإِبْطَالِ عُسْرُ الاسْتِعَابِ، مَعَ أَنَّهُ لاَ عُرْفَ فِي الشَّرْعِ يُخَصِّصُ بِثَلاَثَةٍ بِخِلاَفِ الفُقَرَاءِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هذا الفصْلُ، والذي بعْدَه، ليس لهما كثير اختصاص [بهذا الموضع]، ولعل ركْنَ الموصَىٰ له، أو ركْنَ الصيغة، أحقُّ بهما، ثم فِقْه الفصْل مسألتان:

إحداهما: إذا أوصى لزيد، ولجماعةٍ معه؛ فإما أن يكونوا موصوفين أو معيَّنِينَ:

القسم الأول: إذا كانُوا موصُوفينَ غيْرَ مخصُورِينَ، كالفقراءِ والمساكينِ، ففي المسألة وجه أن الوصيَّةِ في حقِّ زيد باطلةٌ؛ لجهالةِ ما أُضِيفَ إليه، حكاه أبو الفرج [الزاز][1] في «الأمالي» وهو ضعيف بمرَّةٍ، والصَّحيحُ صحَّتُها، وعلَىٰ هذا، فوجهان، ويُقال: قولان:

أظهرهما: ما روى المُزَنِيُّ عن الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ في بعْض كتبه: أنه قال: القياسُ أنه كأحدهم ووجه التشبيه بما إذا أوصَىٰ لزيد، ولأولاد عَمْرو، فإن زيداً يكون كأحدهم، ثم اختلفوا في تَفْسِير ما ذكَرَهُ علىٰ وجوه:

أحدها: أن معناه أن الوصِيَّ يعطيه سهماً من سهام القِسْمَة، إنْ قَسَّم المالَ على أربعة من الفقراء، أعطاه الخمس؛ لأن جملة المضْرُوف إليهم خمسةٌ، وإن قسَّمه علَىٰ خمسةٍ منهم، أعطاه السدُس، وعلَىٰ هذا القياس، وهذا ما قرره الأستاذ أبو منْصُور.

= وجزم به الصيمري والماوردي وصاحب البيان وغيره لأن الوصية للوارث لا تصح، وحكاه صاحب التقريب عن ابن سريج.

الثاني: قضية إلحاق هذه المسألة بالوكيل في البيع كما سبق من كلام الشافعي أنه لا يجوز للوصي أن يدفع منه شيئاً لولده كما لا يبيع له، وهو ما حكاه الهروي في الإشراف فقال: إذا قال ضع ثلثي حيث شئت قال الشافعي: لا يضعه في نفسه وابنه وزوجته ولا ورثة الموصي إلا فيما لا مصلحة فيه للميت.

(١) سقط في: ز.

وأظهرهما: أنه كواحدٍ منهم في أنه يجوز أن يُعْطَىٰ أقلَّ ما يُتموَّلُ إلاَّ أنه لا يجوز حرمانُهُ للنصِّ عليه، ويُعطَىٰ غنياً كان، أو فقيراً.

والثالث: وبه قال مالك [رحمه الله]: أنَّ لزيدٍ الربع، والباقي للفقراء؛ لأن أقلَّ مَنْ يقع عليه اسمُ الفقراء ثلاثةٌ، فكأنه أوصَىٰ لزيد، ولثلاثةٍ معَهُ، ثم نصيبُ الفقراء يقسَّم بينهم على ما يراه الوصيُّ من تَسَاوٍ وتفاوُتٍ، ولا بدَّ على اختلاف الأوجُهِ من الصَّرْف إلَىٰ ثلاثةٍ من الفقراء، وربما أفهم لفظ صاحب «الشامل» تفريعاً على الوجه الأوسط وجوز الاقتصار على اثنين منهم، إذا كان زيدٌ فقيراً.

والوجه الثاني: وبه قال أبو حنيفة، وأحمد ـ رحمهما الله ـ: أن النصف لزيد، والنصف للفقراء؛ لأنه قابل بينه وبينهم في الذِّكْر، فأشبه ما إذا أوصَىٰ لزيد وعمرو، وعن أبي إسحاق أن زيداً إن كان فقيراً، فهو كأحدهم، وإلاَّ، فله النصفُ، حكى البندنيجي عنه؛ أنه ذكره في الدَّرْس، ونقله إلى الشَّرْح، فهذا وجه ثالثٌ.

وفي «التَّتمة» أنه إن كان غنياً، فله الربع؛ لأنه يدخل في الفقراء، فهم ثلاثة، وهو رابِعُهم، وإن كان فقيراً، فله الثُلُث؛ لدُخُوله فيهم، وهذا وجهٌ رابعٌ.

هذا كلُّه فيما إذا أُطْلق ذكْر زَيْدٍ، أما إذا وصَفَه بمثل صفة الجماعة، فقال: لزيد الفقيرِ، وللفقراءَ، جرى الخلاف فيما لزيد، إن كان فقيراً، ومنهم من خصص الأوجه بهذه الحالة، ونفى القول بكونه كأحدِهِمْ عند الإطلاق، وإن كان غنيّاً، لم يُصْرَفْ إلَيْه شيءٌ، ونصيبه للفقراء، إن قلنا: إنَّه كأحدهم، وإلاَّ، فهو لورثة المُوصِي، وإن وصف زيداً بغير صفة الجماعة؛ فقال: لزيدٍ الكاتبِ، وللفقراءِ.

قال الأستاذِ أبو منصور: له النصْفُ قولاً واحداً، ويشبه أن يجيءَ فيه القوْلُ بأن له الربُعُ إن لم تجيءْ باقي الاختلافات.

ولو أوصَىٰ لزيدٍ بدينارٍ، للفقراءِ بثُلُثِ مالِهِ، لم يُصْرَفْ إلى زيد غَيْر الدينار، وإن كان فقيراً؛ لأنه قطع اجتهاد الوصيِّ بالتقدير، ولك أن تقول: إذا جاز أن يكون التنصيص علَىٰ زَيْدٍ في قوله: «لزيد وللفقراء؛ لئلا يُحْرَمَ زيدٌ، جاز أن يكون التقدير ها هنا: لئلا ينقص المصروف إلَيْه عن دينار، وأيضاً، فيجوز أن يقصد عيْن زيد بالدينار، وَجهه الفقراء بالباقي، فيستَوِي في غرضه الصَّرْف إلى زيد وغيره.

ولو أوصَىٰ لزيد، وللفقراء، والمساكين، فإن جعلناه كأحدهم في الصورة السابقةِ، فكذلك ها هنا، وإن جعلْنا له النصْفَ هناك، فله الثلثُ ها هنا، وإن جعلْنا له الربُعَ هناك، فله السبُعُ ها هنا.

القسم الثاني: إذا كانوا معينين، نُظِر؛ إن لم يكونوا محصُورِينَ كالعَلَوِيِّينَ

والطَّالِبِيِّينَ، فسنذكر الخلافَ في صحَّة الوصيَّة لهم وإن صحَّحنا، فالحُكْم كما إذا كانوا موصُوفِينَ، وإن لم نصحح، قال المسعوديُّ: هو كما لو أوصَىٰ لرجل وللملائكة، وإن كانوا محصُورِينَ، فهو كأحدهم أم له النصف قال الأستاذ أبو منصور: فيه احتمالان أظهرهما الثاني، ثم حكى اختلافاً للأصحاب في أن النصْفَ الذي هو لهم[1] يُقَسَّمُ بين جميعهم، أم يجُوزُ صرْفُه إلَىٰ ثلاثة منهم؟ والمشهورُ لزومُ القسْمة على الجَمِيعِ.

فَرْعٌ: له ثلاثُ أمهاتِ أولادٍ، وأوصى لأمهاتِ أولادِهِ، وللفقراءِ، والمساكين.

قال المتولّي: ظاهر المذْهَب قسمةُ المال علَى الأصناف أثلاثاً، وعن أبي علي الثقفيِّ: أنه يُقسَّمُ على خمسة؛ لأن أمهاتِ الأولادِ محصوراتٌ، ويجب استيعابُهُنَّ، والفقراءُ، والمساكينُ غيرُ محصورين، فَيُجْعَلُ كلُّ واحد من الصنْفَيْنِ مصرفاً وكلُّ واحدةٍ من أمهات الأولاد مصرفاً، [والله أعلم].

المسألة الثانيةُ: في الوصية لجماعةٍ معينين غيرِ محصُورين؛ كالعلَوِيَّة، والهَاشِمِيَّة، والطالِبِيَّة، قولان، ويُقَال: وجهان:

أصحُّهما: وبه قال أحمد ـ رحمه الله ـ أنها صحيحةٌ كالوصية للفقراء، والمساكين.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ أنها باطلة؛ لأن التعميم يَقْتَضِي الاستيعاب، وأنَّه ممتنعٌ بخلاف الفقراء، فإنا عرَفْنَا هناك عرفاً مخصصاً للشرع بثلاثة، فاتَّبَعْناه. ومَنْ نَصَرَ الأول، قال: ذلك العرف إنَّمَا يثبت في الفقراء، وأصناف الزكاة، ثم ألحق به العلماء ونحوْهم بالاتفاق، فجاز أن يلحق به العَلَوِيَّة، ومن في معناهم لتعذُّر الاستيعاب، فإن قلنا بالأول، لم يجب الاستيعابُ، ويجوز الاقتصارُ علَىٰ ثلاثةٍ منهم، ولا يجبُ التسوية، كما في الفقراء، ولا يُشْتَرَطُ القبول.

ومهْما أوصَىٰ لبني فلان، فإن عدوا قبيلة كبني تميم، وبني هاشم، فهي كالوصيَّة للعلَوِيَّة، وفي جواز الصرف إلى [أبنائهم][2] وجْهان، ذكرناهما في «الوقْف» علَىٰ بني تميم؛ والأظهرُ الجوازُ: فإن لم يُعَدُّوا قبيلةً؛ كبني زيْدٍ، وبني عَمْرٍو، فيشترط القبول، والاستيعابُ، والتسويةُ، ولا يجوزُ الصَّرْف إلى الإناث.

وأما لفظ الكتاب فقوله: «وإذا أوصَىٰ لزيْد، وللفقراء»، أجرى ذكر زيد من غَيْر وصْف بالفَقْر، ولا غيره، فيجوز أن يريد به المشترك بين صورة تجريد ذكْر زيد، ووصفه ويجوز أن يريد صورةَ التجْريد علَى التقْدِيرَيْنِ، فيجوز أن يُعْلَم قولُهِ: «قال

---

(١) في ب: له.

(٢) في ز: إناثهم.

الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ: «القِيَاسُ أَنَّهُ كَأَحَدِهِمْ» لما ذكرنا أن بعضهم لَمْ يُثْبِتْ هذا القول في صورةِ التجريد، وحَمَلَ لفظ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ على ما إذا أوصَىٰ لزيد الفقير، وللفقراءِ، ويجوز أن يُعْلَمَ ما سوَىٰ وجه «النصْف» بالحاء والألف؛ لأنهما يقولان بذلك الوجْه، وما سوى وجْه «الربع» بالميم؛ لأن مالكاً يقول به، وقوله: «أو قبيلة عظيمة» يعني التي تنحصر، لا التي تكثر.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ أَوْصَىٰ لِزَيْدٍ وَلِجِبْرِيلَ فَالنِّصْفُ (و) لِزَيْدٍ وَالبَاقِي بَاطِلٌ، وَكَذَا لَوْ قَالَ: لِزَيْدٍ ولِلرِّيحِ، وَقِيلَ: الكُلُّ لَهُ إِذْ آلإِضَافَةُ إِلَى الرِّيحِ لاَغِيَةٌ بِخِلاَفِ جِبْرِيلَ، وَلَوْ أَوْصَىٰ لِزَيْدٍ وَلِلَّهِ قِيلَ: الكُلُّ لِزَيْدٍ، وَذِكْرُ اللَّهِ تَعَالَىٰ تَأْكِيدٌ لِقُرْبَةِ الوَصِيَّةِ، وَقِيلَ: المُضَافُ إِلَىٰ اللَّهِ لِلفُقَرَاءِ فَإِنَّهُمْ مَصَبُّ الحُقُوقِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا أوصَىٰ لزيد وجبريل عَلَيْهِ السَّلاَمُ فوجهان:

أصحهما: أن النصْفَ لزيد، وتبطُلُ الوصية في الباقي، كما لو أوصَىٰ لزيد، ولأحد ابْنَيْهِ، يكون لزيد النصْفُ، وتبطل في الباقي، إن لم نصحح الوصيَّةَ للوارث، أو صحَّحناها، ورُدَّ بسائر الورثة كما لو أوصَىٰ لاَبْنِ زيدٍ، وابْنِ عمْرٍو، ولم يكن لعمرٍو ابْنٌ، أو لزيدٍ وعَمْرٍو، وابْنَيْ بَكْرٍ، ولم يكن لبكرٍ إلاَّ ابنٌ، يسمى زيداً يكون النصفُ للموجود، ويبطل الباقي.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: أن الكلَّ لزيد، ويلْغُو ذكْرُ من لا يثبت له الملك ويفارِقُ تلك الصورة؛ فإن المذكور هناك ممَّن يثبت له المِلْكُ، ولم يذكر صاحب الكتاب في المسألة سِوَى الوجه الأول، وذكر الوجْهَيْن فيما إذا قال: لزيد وللرِّيحِ، وأوهم القطْعَ بما ذكر في الصُّورة الأولى؛ فرقاً بأن جبريل حيٌّ قادرٌ، والإضافة إلى الرِّيحِ لاغيةٌ مِنْ كل وجه، والأكثرون نقلوا فيهما وجْهَيْن بلا فرق، وطردُوهما في كلِّ صورة. أوْصَىٰ لزيدٍ، ولِمَنْ لا يُوصَفُ بالملك؛ كالشيطان[1]، والبهيمة، والحائط، وغيرها، ولو أوصَىٰ لزيد وللملائكة، أو لزَيْدٍ وللرياحِ، أوله وللحيطانِ، فإن جعلنا الكلَّ لزيدٍ، فذاك، وإلا، فله النصف، أو الربعُ، أو للموصِي أن يعطِيَهُ أقلَّ ما يُتَمَوَّلُ على الخلافِ المذكورِ فيما إذا أوصَىٰ لزيد، وللفقراء، أو لو أوصَىٰ لزيد وللَّهِ تعالَى، فوجهان:

أحدهما: أن الكلَّ لزيد، وذكْرُ اللَّه تعالَىٰ للتَّبرُّك؛ كقوله تعالَىٰ في آيتَي الفَيْءِ،

---

(١) ما جزم به أن الشيطان لا يملك به نظر لورود الأحاديث بأنه يأكل ويشرب وقد جعل النبي ﷺ العظم زاد الجن وغير ذلك وهذا يستدعي تصور الملك، وعلى هذا فيصرف لزيد النصف ويكون كما لو أوصى لمجهول لتعذر الوصول إلى تمليك الشياطين.

والغَنِيمَةِ: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الأنفال ـ ٤١].

والثاني: أن النصفَ لزيد، والباقي للفقراء؛ فإنَّهم مَصَبُّ الحقوق المضافة إلى اللَّهِ تعالَىٰ. قال الأستاذ أبو منصور: وهذا أصحُّ الوجهَيْن، لكنَّه لم يخصِّص النصف الباقي بالفقراء، بل [لو] قال: إنه في سَبِيلِ اللَّهِ، يُصْرَفُ إلَىٰ وجوه القُرْب، وفيه وجه ثالثٌ عن ابن القاصِّ، أن النصفَ يُرْجَعُ إلَىٰ ورثة الموصِي.

واعلم أنا حكَيْنا فيما إذا أوصَىٰ لأجنبي، ووارث يطلب الوصيةُ في حقِّ الوارث وجهاً أنها تبطل في حقِّ الأجنبيِّ أيضاً، بناءً على أن تفريق الصفقة لا يجوز، وذلك الوجْهُ علَىٰ ضعْفه يلزم طَرْدُه في نَصِيبِ زَيْدٍ في هذه الصُّورة.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ أَوْصَىٰ لِأَقَارِبِ زَيْدٍ دَخَلَ فِيهِ الوَارِثُ وَالمَحْرَمُ وَغَيْرُ المَحْرَمِ (ح)، وَلاَ يَدْخُلُ الأَبُ وَالاَبْنُ فَلاَ يُعَرَّفَانِ بِالقَرِيبِ، وَيَدْخُلُ الأَحْفَادُ وَالأَجْدَادُ، وَقِيلَ: لاَ يَدْخُلُ (ح) الأُصُولُ وَالفُرُوعُ، وَقِيلَ: يَدْخُلُ (ح)، وَلاَ يُرْتَقَىٰ فِي بَنِي الأَعْمَامِ مِنَ الأَقَارِبِ إِلاَّ إِلَىٰ أَقْرَبِ جدٍّ يُنْسَبُ إِلَيْهِ الرَّجُلُ، حَتَّى لَوْ أَوْصَىٰ لِأَقَارِبِ الشَّافِعِيِّ فِي زَمَانِهِ اَرْتَقَيْنَا إِلَىٰ بَنِي شَافِعٍ لاَ إِلَىٰ بَنِي عَبْدِ مَنَافٍ وَبَنِي المُطَّلِبِ، وَفِي زَمَانِنَا لاَ يُصْرَفُ إِلاَّ إِلَىٰ أَوْلاَدِ الشَّافِعِيِّ وَمَنْ يَنْتَسِبُ إِلَيْهِ لاَ إِلَىٰ بَنِي شَافِعٍ، وَقَرَابَةُ الأُمِّ تَدْخُلُ فِي وَصِيَّةِ العَجَمِ، وَلاَ تَدْخُلُ فِي وَصِيَّةِ العَرَبِ عَلَى الأَظْهَرِ لِأَنَّهُمْ لاَ يَعُدُّونَ ذَلِكَ قَرَابَةً، إِلاَّ إِذَا أَوْصَىٰ لِلأَرْحَامِ فَإِنَّ لَفْظَ الرَّحِمِ لاَ يُخَصُّونَ بِهِ، وَلَوْ أَوْصَىٰ لِأَقَارِبِ نَفْسِهِ خَرَجَ وَرَثَتُهُ لِقَرِينَةِ الشَّرْعِ، وَكَانَتِ الوَصِيَّةُ كُلُّهَا لِلآخَرِينَ، وَقِيلَ: يُوَزَّعُ فَيَبْطُلُ نَصِيبُ الوَارِثِ وَيَصِحُّ البَاقِي.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الكلامُ في هذا الموضِعِ إلَىٰ آخر الطَّرَف في الوصيَّة للقرابة، وتشتمل مسألتَيْنِ:

إحداهما: إذا أَوصَىٰ لأقارب زَيْدٍ، فيتضح الحكم بذِكْرِ جُمَلٍ:

إحداها: يدخل في هذا اللفظ الذكَرُ والأنثَىٰ، والفقيرُ والغنيُّ، والوارثُ وغيرُ الوارثِ، والمحرمُ وغير المحرم، والقريبُ والبعيدُ، والمسلمُ والكافرُ، لأن الاسم ينتظم الجميع. وقال أبو حنيفة: لا يدْخُل الغنيُّ، ولا غيرُ المَحْرَم، ولا يسوى بين القريبِ والبَعِيدِ، بل يُقدَّمُ الأقربُ، فالأقربُ، ولا يصرف إلى العَمِّ شيءٌ مع ولَدِ الأخِ، ولا إلى ابن العم مع العمِّ.

وقال مالكٌ ـ رحمه الله ـ: لا يدخل غير الوارث، وعن أحمَد ـ رحمه الله ـ أنه لا يدخلُ الكافر، ولو أوصَىٰ لأقارب نفسه، ففِي دخول الورثة وجْهَان.

أحدهما: أنهم لا يدْخُلون لقَرينَة الشَّرْع، لأنَّ الوارث لا يُوصَىٰ له، خاصَّة، ولا يدخُلُ في عموم اللفظ، فعلَىٰ هذا تختصُّ الوصية بالباقين، هذا ما يُحْكَىٰ عن الصَّيْدَلانِيِّ، ولفظ الكتاب يقتضي ترجيحَهُ، ولم يذكر في «التتمة» غيره.

والثاني: يدخُلُونَ؛ لوقوع الاسْم عليهم، ثم يبطل نصيبهم، ويصحُّ الباقي لغير الورثة. ولك أن تقولَ: وجَبَ أن يختصَّ الوجْهان بقولنا: إنَّ الوصيةَ للوارِث باطلةٌ، أما إذا قلْنَا: إنَّها موقوفةٌ على الإجازة، فليُقْطَعْ بالوجْهِ الثاني.

الثانية: في دخول الأصُولِ والفُرُوعِ أوجُهٌ:

أحدها: وبه قال أبو حنيفة وأبو إسحاق ـ رحمهما الله ـ: إن الأبَوَيْنِ، والأولادَ لا يدْخُلون، ويدخل الأحفادُ، والأجدادُ؛ لأن الولد والوالد لا يُعَرَّفَانِ بالقريب في العُرْف، بل القريب من ينتمي إلَيْهِ بواسِطَةٍ.

[**والثاني**: أنه لا يدخلُ واحدٌ من الأصول والفروع؛ إذ: لا يُسَمَّوْنَ أقارِب][1].

والثالث: يدخلُ الكلُّ وهذا ما أورده المتولِّي، ورجَّحه الشيخ [أبو الفرج] الزاز، ولهما أن يمنعا ما زَعَمَهُ صاحب الوجْه الأوَّل في تفسير القَرِيب، وأنْ يحتجا بأنَّ الأب والابن يدخلان فيما إذا أوصَىٰ لأقرب الأقارب، فكيف يكون الشخص أقْرَبَ الأقارب، ولا يكون من الأقارب، وعلى هذا؛ فالأوَّلُ أظهرُ من جهة النقل، كما يشعر به نظْمُ الكتاب، حتى أن الأستاذ أبا مَنْصُورِ ادَّعَىٰ إجماع الأصحاب عَلَىٰ أنه لا يدْخُلُ الأبوان والأوْلاَد.

الثالثة: يعتبر أقربُ جدٍّ يُنْسَبُ إليه الرجُلُ، ويعدُّ أصلاً، وقبيلة في نفسه، فيرتقي في بني الأعمام إليه، ولا يعتبر من فوقه حتَّى لو أوصَىٰ لأقارب حَسَنِيٍّ، أو أوصى حَسَنِيٌّ لأقارب نفسه، لم يدخُلِ الحسينيون. وكذلك وصيَّة المأموني لأقاربه، والوصية لأقارب المأمونيّ لا يدخل فيها أولاد المعتصم، وسائر العباسية، والوصية لأقارب الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ في زَمَانِهِ يُصْرَفُ إلَىٰ أولاد شافِع، ولا يدخل فيها أولادُ عَلِيٍّ، والعبَّاسِ، وإن كان شافعٌ، وعليٌّ، وعبَّاسٌ، كلُّهم أولادُ السائِبِ بنِ عُبَيْدٍ، والشافعيُّ هو مُحَمَّدُ بْنُ إدْرِيسَ بْنِ العَبَّاسِ، بْنِ عُثْمَانَ بْنِ شَافِعِ بْنِ السَّائِبِ بْنِ عُبَيْدِ بْنِ عَبْدِ يَزِيدَ بْنِ هَاشِمِ بْنِ عَبْدِ المُطَّلِبِ بْنِ عَبْدِ مَنَافٍ.

ولو أوصَىٰ مُوصٍ لأقارِبَ بَعْض أولادِ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ في هذه الأزمنة، دخَلَ فيه أولادُ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ دون غيرهم من أولاد شافِعٍ، وعلَىٰ هذا القياس.

---

(١) سقط في: ز، أ.

وعن أَحمد ـ رحمه الله ـ أنه يُنْظَرُ إِلَى الأب الثالث، فتُصرَفُ الوصيةُ إلى أولاده، دون أولاد الأب الرابع، ومن فوقه.

الرابعة: وصية العجَم، يدْخُلُ فيها قرابةُ الأب، والأمّ في وصية العَرَبِ وجهان:

أظهرهما: عند المصنِّف وصاحب «التهذيب»: أن قرابة الأمِّ لا تدخلُ، وبه قال أحمد ـ رحمه الله ـ لأن العرب لا تعدُّها قرابةً، ولا تفتخر بها، وإنما تفتخر بمَنْ ينتمي إِلَيْهم من جهة الأبِ.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ وهو ظاهر النص في «المختصر»: الدخولُ كما في وصية العجم، والذي ادعاه صاحبُ الوجه الأول ممنوعٌ؛ ألا تَرَىٰ إِلى ما رُوِيَ أنه ﷺ قال: «سَعْدٌ خَالِي فَلْيُرِنِي ٱمْرُؤٌ خَالَهُ»[1] وبهذا أَجَاب أَصحابُنا العراقيُّون، وهو الأقوى.

الخامسةُ: لا فَرْقَ بين أن يقول: أوصيتُ لأقاربي، أو لقرابتي، أو لذِي قرابَتِي، أو ذي رَحِمِي، أو ذَوِي قرابَتِي، أو ذَوِي رَحِمي، في جميع ما ذكرنا، لكن قرابة الأمِّ علَىٰ ما هو ظاهرُ النصِّ يدخل في لفظ الرَّحِم، بلا خلاف، في وصية العرب والعَجَم، جميعاً؛ لأن لفظ الرحِم لا يختص بطرف الأبِ، وإذا لم يوجَدْ إلاَّ قريبٌ واحدٌ، صُرِفَ المال إليه، إن أوصَىٰ لذوي قرابته، أو ذي[2] رحمه، أو لقرابته، فإن القرابة مصدرٌ يوصَفُ بها الواحدُ والجميعُ، أما إذا كان اللفظ: لأقارِبِي، أو أقربائي، أو ذوي قَرَابَتِي، أو ذوي رحمي، فوجهان في أنه، هل يكون له الكُلُّ:

أظهرهما: نعم؛ لأن الجميع ليْسَ مقصوداً ها هنا، وإنما المقصود الصَّرْف إِلَىٰ جهة القرابة، هكذا وجه الإمام، لكنه لو كان كذلك، لَمَا وجب الاستيعابُ؛ كالوصية للفقراء، وإذا قلْنا: لا يكونُ الكلُّ لذلك الواحد، فله الثلثُ، ويبطُلُ الباقي، وحكى الأستاذ أبو منصور وجْهاً آخَرَ؛ أنَّه يكون له النصفُ، إن كان هناك جماعةٌ محصُورون، فَيُقَسَّمُ المالُ بينهم بالسوية، ولا بد من استيعابهم، خلافاً لأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ حيث جَوَّز صرْفَ المال إِلَىٰ ثلاثة منهم.

وحكَى الحناطيُّ وجهاً مثْلَهُ، وقد مضَىٰ نحوٌ منه عن رواية الأستاذ أبي منصور،

---

(١) أخرجه الترمذي. والحاكم من حديث جابر قال: أقبل سعد ـ يعني ابن أبي وقاص ـ فذكره.
(تنبيه) خؤلة سعد للنبي ﷺ من جهة أمه آمنة لأنها من فخذه بني زهرة وقد وقع مثل هذا في حق أبي طلحة الأنصاري رواه الحاكم عن أنس نحوه، وخؤله أبي طلحة له من جهة أم والده عبد الله ابن عبد المطلب، لأنها من فخذه بني النجار.

(٢) في ب: ذوي.

وإن كانوا غيرَ محصُورَيْنَ؛ كالوصية للعَلَوِيَّة، والقَبَائِلِ العظيمة، وقوله في الكتاب «ارْتَقَيْنَا إِلَىٰ بَنِي شَافِعٍ، لا إِلَىٰ بَنِي عَبْدِ مَنَافٍ، وَبَنِي المُطَّلِبِ» هؤلاء كلهم أجدادُ الشَّافِعِيِّ - رضي الله عنهُ - علَىٰ ما ذكرنا نسبه، لكن شافعاً أقربهم منه، وإليه انتسابه.

وقوله «وفي زماننا لا يُصْرَفُ إلاَّ إِلَىٰ أولادِ الشافعيِّ»، أي: إذا أوصَىٰ لأقارب بعض أولاد الشافعيِّ، وقولِهِ: «لأن لفظ الرَّحِم لا يخصِّصُونه» يعني أنهم لا يخصِّصون هذا اللفظ بقرابة الأبِ، بخلاف لفْظ القَرِيب وَاللَّه أعْلَمُ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **وَلَوْ أَوْصَىٰ لِأَقْرَبِ أَقَارِبِهِ دَخَلَ فِيهِ الأَبُ وَالاَبْنُ، ثُمَّ لاَ تَرْجِيحَ بِالذُّكُورَةِ، فَيَسْتَوِي الأَبُ وَالأُمُّ، وَالأَخُ وَالأُخْتُ، وَالأَخُ مِنَ الجَانِبَيْنِ أَوْلَىٰ مِنَ الأَخِ مِنْ جِهَةٍ وَاحِدَةٍ، وَالأَحْفَادُ وإِنْ سَفَلُوا يُقَدَّمُونَ عَلَى الإِخْوَةِ، وَكَذَا بَنُو الإِخْوَةِ عَلَىٰ الأَعْمَامِ لِقُوَّةِ الْجِهَةِ، وَلاَ يُقَدَّمُ ٱبْنُ ٱبْنِ الأَخِ لِلأَبِ وَالأُمِّ عَلَى الأخِ لِلأَبِ، وَلاَ عَلَىٰ ٱبْنِهِ لِأَنَّ جِهَةَ الأُخُوَّةِ وَاحِدَةٌ فَيُرَاعَىٰ قُرْبُ الدَّرَجَةِ، وَيُقَدَّمُ ٱبْنُ البِنْتِ عَلَىٰ حَفَدَةِ ٱلاَبْنِ لِلْقُرْبِ وَلاَ يُنْظَرُ إِلَىٰ ٱلوِرَاثَةِ، وَفِي الجَدِّ مَعَ الأَخِ لِلأَبِ قَوْلاَنِ: أَحَدُهُمَا: يَسْتَوِيَانِ، وَالثَّانِي: الأَخُ أَوْلَىٰ لِقُوَّتِهِ، وَفِي الجَدِّ مَعَ ٱبْنِ الأَخِ قَوْلاَنِ: أَحَدُهُمَا: الجَدُّ أَوْلَىٰ لِقُرْبِهِ، والآخَر: ٱبْنُ الأَخِ أَوْلَىٰ لِقُوَّةِ البُنُوَّةِ، وَالجَدُّ أَبُ الأُمِّ مَعَ الأَخِ لِلأُمِّ كَأَبِ الأَبِ مَعَ الأَخِ لِلأَبِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المسألة الثانية: إذا أوصَىٰ لأقرب أقاربِ زَيْدٍ، دَخَلَ فيه الأبوانِ، ثم في الأب والابنِ، إذا اجتمعا وجْهَانِ، وعن رواية القاضِي أبي الطَّيِّب قولان:

أحدهما: أنه يسوِّي بينهما؛ لاستوائهما في الرتبة، وعلى هذا؛ يُقدَّم [الأب على ابن الابن.

وأظهرهما: ولم يورد طوائف سواه: أنه يُقدَّم][1] الابن لقوة إرْثِهِ وعصوبته، وعلَىٰ هذا؛ فالأولادُ يُقَدَّمُونَ عَلَىٰ مَنْ عداهم، ويليهم البطْنُ الثاني، ثم الثالثُ إلى حيث ٱنْتَهَوْا ويستوي أولادُ البنين، وأولادُ البنات.

وقد يُقَالُ: إذا اقتضَتْ قوَّةُ الإرث، والعُصُوبَةِ في ٱلابن، تقدمه على الأب، فهلاَّ اقتضى أصْلُ الإرث بالعُصُوبة في أولادِ البَنِينَ تقدُّمَهم على أولاد البنات فإنْ لم يكُنْ أحد من الأولاد والأحفادِ، فيُقدَّمُ الأبوان، وبعدهما الأجدادُ والجداتُ، إن لم تُوجَدِ الإِخْوَةُ والأخواتُ، علَىٰ شرط تقديم الأقرب فالأقرب منهم، أو الإِخوة والأخوات، إن لم تُوجد الأصول.

---

(١) سقط في: ز أ.

وإذا اجتمع الجدُّ والأخ.

فأظهر الطريقَيْنِ أن المسألة على قَوْلَيْنِ:

أحدهما: أنهما يستويان؛ لاستوائهما في الدرجة.

وأصحهما: تقديمُ الأخ؛ لِقُوَّة البنوَّة وهما كالقولَيْنِ فيما إذا اجتمع جَدُّ المعتق، وأخوه.

والطريق الثاني: القطْع بالقول الثاني، فإن قلنا بالتسوية، فالجد أولَىٰ من ابن الأخ؛ لقربه، وإن قدمنا الأخ؛ فكذلك يُقدَّم ابن الأخ، وإن سَفَل، وأُجْرِيَ الخلاف في ابنِ الأخ مِنْ أبِ الجَدِّ، والظاهرُ تقديمُ ابن الأخِ، ثم يقدم بعدهم أولادُ الأخوةِ والأَخَوَاتِ، ثم الأعمامُ والعَمَّات، ويساويهم الأخوالُ والخالاتُ، ثم أولادُ هؤلاءِ، والأخ من الجهتين يُقدَّم على الأخ من جهةٍ واحدةٍ؛ لزيادة قرابته.

وحكى الإمامُ في «باب النكاح» أنَّ بعض الأصحَاب أثبت في تقدمه[1] قولَيْنِ؛ كما في ولاية التزويج، وهكذا نذكر الحناطيُّ، والأخ من الأب والأم، والأخُ من الأمِّ يستويان فيه، وكذا القولُ في أولاد الإخوة، والأعمام، والأخوال، وأولادِهِمْ، وفي تقدم الجدَّة من الجهتَيْنِ، على الجَدّ من جهةٍ واحدةٍ وجهان، وهما كالوجهَيْنِ في الميراث؛ أنَّ السدس بينهما أم تفضل صاحب الجهتين ويخرَّج مما ذكرنا أنه إذا اجتمع أولادُ إِخوة مفترقين[2]، وأولاد أخوات مفترقات، فالمالُ لولدِ الأخ من الأبوَيْنِ، وولد الأختِ من الأبوَيْنِ، وإن لم يوجَدْ أولادُ الإخوة والأخوات من الأبويْنِ، وأولادُهُمْ من الأب، وأولادُهُمْ من الأمِّ سواءٌ، هذا إذا استوَتِ الدرجة، فإن اختلفت، قُدِّم الأقربُ منهم مِنْ أي جهة كان، حتَّى لا يُقدَّم ابنُ ابْنِ الأخ من الأبوين علَىٰ الأخ من الأب، ولا على ابنه، بل يُقدَّمان عليه، وكذا يُقدَّم الأخ من الأم، وابنه؛ لأن جهة الأخُوَّة واحدةٌ، فيراعَىٰ من قرب الدرجة، فإذا[3] اختلفتِ الجهة البعيدةُ من الجهة القَرِيبَةِ، تُقدَّم على القَرِيبِ من الجهَة البَعِيدَةِ، حتى يُقدَّم ابنُ ابنِ الابْنِ على الأخ، وابنُ ابنِ الأخِ، وإن سَفَلَ على العم.

ولا ترجيح في هذا الباب بالذُّكُورة، ولا ينظر إلى الورثة بل يستوي في الاستحقاق الأبُ والأمُّ والابنُ والبنتُ، والأخُ والأختُ، كما يستوي المُسْلِم، والكَافِر، ويُقدَّمُ ابْنُ البنتِ على ابن [ابن][4] الابنِ، وكلُّ ذلك؛ لأن الاستحقاق منوطٌ بزيادة القرب.

---

(١) في أ: تقدمته.

(٢) في أ: مفرقين.

(٣) في ب: فأمّا إذا.

(٤) سقط في: ز.

فَرْعَانِ: الأولُ: لو أوصَىٰ لجماعةٍ من أقرب أقاربَ زَيْدٍ، فلا بدَّ من الصرف إلى ثلاثةٍ، فإن كان له في الدرجةِ القربَىٰ ثلاثة، كبنين، أو بناتٍ، أو إِخوةٍ، دفعَ إليهم، وإن كانوا أكثر من ثلاثة، ففي وجوب تعميمهم وجْهَان.

أحدهما: أنه لا يجبُ؛ لأن الجماعة تَحْصُل بثلاثة، فيختار الوصيُّ ثلاثة منْهم، كما لو أوصَىٰ للفقراء.

والثاني: وهو الذي اختاره صاحب «الشامل» وحكاه عن القاضي أبي الطيب في «المجرَّد»: أنه يجبُ التعميم، وإلاَّ صارَتِ الوصيَّة لغير معيَّن، بخلاف الوصيَّة للفقراء؛ لأن المعتبر هناك جهةُ الفقر، وإن كانُوا دون الثلاثة، تمَّمنَا الثلاثة، ممَّن يليهم، وإن كان له ابنانِ وابنُ ابنٍ، دُفِعَ إليهم، وإن كان له ابن، وابنُ ابنٍ، وابنُ ابنِ ابنٍ، دُفِعَ إليهم، وإن كان له ابنٌ وابنا ابْنٍ، فكذلك، وفي ابنٍ، وابنِ ابنٍ، وابنَي ابنِ ابنٍ، يُدْفَعُ إلَىٰ ٱلآبنْ، وابْنِ الابنِ، وواحد من الذين هم في الدرجة الثالثة، أم يعممون؟ فيه الوجهان، وإذا قلنا: يعممون، فالقياس التسويةُ بين كلِّ المدفوع إليهم، وفي «تعليق» الشيخ أبي حامد أن الثُّلُثَ لِمَنْ في الدرجة الأُولَىٰ، والثلث لمن في الثانية، والثلث لِلَّذِينَ هم في الثالثة، هذا ما نقل عن النَّصِّ وكلام الأصحاب في الفَرْع، وكان الأشبه أن يُقَالَ: إنَّها وصيةٌ لغير معيَّنٍ؛ لأنَّ لفظ الجماعةِ منكر فصار كما لو أَوْصَىٰ لأحد الرجُلَيْنِ، أو لثلاثةٍ لا على التعيين من جماعة معيَّنِين.

الثاني: لو أوصَىٰ لأقربِ أقاربِ نَفْسِه، فالترتيبُ علَىٰ ما بينا، لكن لو كان الأقربُ وارثاً، صُرِفَ إلى من يليه ممَّن ليس بوارث، إن لم نصحح الوصية للوارث، أو صححناها، ولم يُجزْ سائرُ الوَرَثَةِ، هكذا نقل صاحب «التهذيب»[1] وغيره، وهو جواب علَىٰ قولنا: إنه لو أوصَىٰ لأقارب نفسه، لم تُدْخلِ الورثةُ بقرينة الشَّرْعِ، أما إذا قلْنا: إنهم يَدْخُلُون، ويوزَّع المال عليهم، وعلَىٰ من ليس بورثة، فها هنا تبطُلُ الوصية، إلاَّ أن يتعدَّد الأقربون، ويكون فيهم وارثٌ، وغَيْرُ وارثٍ.

وأما لفظ الكتاب، فقد تغير ترتيب بعضِ مسائل الكتاب[2] فيما ذكَرْناه ولا بأسَ بمثله عند الحاجَةِ، وقوله: «فيستوي الأبُ والأُمُّ» وكذا قوله: «والأخ من الجانبين أولَىٰ من الأخ من جهة واحدة» فإنَّ هذا اللفظ ينتظم الأخَ من الأبِ، والأخَ من الأمِّ وكلاهما جواب على أنَّ قرابة الأم يدْخُلون في الوصية مطلقاً، وعلَىٰ ذلك؛ يتفرَّع ما بيناه في شرح الفَصْل، فإنْ قلنا: إنهم لا يدْخُلون في وصيَّة القرب، فلا استحقاق للأخ من الأم بحال، وقوله: «وفي الجَدِّ مع الأخ للأبِ قولان» يجوز إعلام لفظ القولَيْن بالواو؛

---

(١) في أ: التقريب.

(٢) في أ: الكتاب..

للطريقة القاطعة، بتقديم الأخ، ويمكن إعلام قولُه «يستويان» وقوله: «الأخ أولَىٰ» بالحاء؛ لما ذكر الأستاذ أبو منصور أن قياس قول أَبِي حَنِيفَةَ ـ رحمه الله ـ في الميراث تقديمُ الجَدِّ على الأخ، وذلك خلافُ القولَيْنِ جميعاً، وعلى هذا، يمكن إعلام قوله: «ابنُ الأخِ أولَىٰ» بالحاء أيضاً.

وأما قوله: «والجدُّ أبُ الأمِّ مع الأخ للأمِّ كالجَدِّ أبِ الأبِ مع الأخِ للأبِ» فينبغي أن يُعْلَمَ بالواو لأنه يتفرع علَىٰ إدخال قرابة الأمِّ في الوصيَّة، ثم لا شَكَّ علَىٰ هذا الوجْه في مجيءِ القولَيْن في الأخِ للأم مع الجدِّ للأم لكنَّ إيرادَ الكتَابِ مع التقييد أولاً في قوله وفي الجَدِّ مع الأخ للأبِ يشعر إشعاراً ظاهراً بتقديم الجِدِّ أَبِ الأبِ على الأخِ للأمِّ جَزْماً، كما في الإرث، لكن الذي ذكره أصحابُنا العراقيُّون، وصاحب «التهذيب»، و«التتمة» ـ رحمهم الله ـ أنه لا فَرْقَ ويَجْرِي القولان في الجَدِّ أبِ الأبِ مع الأخِ للأمِّ، وفي الجدِّ أبِ الأمِّ مع الأخِ للأبِ، وهذا هو قياس الباب.

ثم إنَّا نخْتُم هذا القسم بفُرَوع تليق به [ونوردها أتباعاً][1] بتوفيق اللّه تعالَىٰ، مقْتَصِرِينَ علَىٰ بيان الألفاظ المستعملة في الموصَىٰ لهم، فنقول:

آل رسول الله ﷺ بَنُو هَاشِم، وَبَنُو المُطَّلِبِ أمْ جَمِيعُ أمته. فيه وجهان ذكَرْنَاهما في «الصلاة»، والأصحُّ الأولُ، وعن مالك: آله أصحابُهُ ولو أوصَىٰ لآلِ غَيْرِهِ، فوجهان:

أحدهما: بطلانُ الوصية؛ لإبهام اللفظ؛ وتردُّدِه بين القرابة وأهل الدِّين وغيرهما.

وأشبههما: الصحَّةُ؛ لظهور أَصْلٍ له في الشَّرِيعَةِ؛ وعلى هذا قال الأستاذ أبو منصُور: يُحتمل أن يكون كالوصيَّة للقرابة، ويُحْتَملُ أن يُفَوَّضَ إلى اجتهادِ الحَاكِم، فإن كان هناك وصيٌّ فالمتبع رأيُ الحاكم، أو الوصيِّ؟ حكى الإمام: فيه وجهين، ولم يذكروا أن الحاكم والوصيَّ يَتَحَرَّيَانِ مُرَادَ الموصِي، أم أظهر معاني اللفظ بالوَضْع، أو الاستعمالِ، وينبَغِي أن يُقَالَ: المرعِيُّ مرادُهُ، إن أمكن العثُورُ علَيْه بقرينةٍ، وإلاَّ فاظهر المعاني[2].

وفي أهل بَيْت الرَّجُل وجهان:

أحدهما: الحمْلُ على ما يُحْمَلُ عليه الآلِ.

والثاني: دخولُ الزوجة أيضاً، وكأنه أشبه، وفي أهله دون لفظ البَيت وجهان أيضاً:

---

(١) سقط في: ز، ب.

(٢) قال النووي: وهذا الذي اختاره الرافعي هو الراجح المختار.

أحدهما: الحَمْلُ على الزوجة خاصَّةً، وبه قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ.

والثاني: علَىٰ كلِّ مَنْ تلزَمُه نفقتُهُ، فعلى الأول؛ لو صدَرَتِ الوصيةُ من امرأة بطلت[١].

وآباء فلان: أجداده من الجهتين، وأمهاته جدَّاته من الجهتين، هكذا ذكره الأستاذ أبو منصور وغيره، وحكى الأستاذ عن أصحاب الرأيِ أن الأجْدَادَ من جهة الأمِّ لا يدْخُلون في الآباءِ والجَدَّاتُ من جهة الأب لا يدْخُلْنَ في الأمهات.

وجعل الإمام المذْهَبَيْنِ وجْهَيْن، ورأى الأظهر ما نسب إلَىٰ أهل الرأيِ، ولا خلافَ في شُمُول الأجدادِ والجَدَّاتِ من الجهتين، ولا يدخل في الإِخْوَة والأَخَوَاتِ والأحفاد. والأَخْتَانُ أزواج البنات، ولا يدخل في أزواجُ العَمَّات، والخالاَتِ، وفي أزواج الأخوات وجهان:

أصحُهما: عند الإمام المنْعُ، ويدخلُ أزواج الحوافد، وإن قُلْنَا بدُخُول الأحفاد في الوصيَّة للأولاد، عن أبيَ حنيفة ـ رحمه الله ـ أنه يدخل زَوْج كلِّ ذات رَحِم محرم، وللأصحاب وجه مثله، ثم الاعتبارُ بكونه زوجاً عند الموت، فلو كانت خَلِيَّةً يوم الوصية، منكوحةً يوم الموت، استحَقَّ زوجُها.

ولو كانتْ مزوَّجةً يوم الوصية، مطلَّقةً يوم الموت فإن كان الطَّلاَقُ رجعياً، فالاستحقاقُ بحاله، وإلاَّ، فلا شَيْء له، وإنْ طلق بيْن المَوْت والقَبُول، استحق، إن قلنا: إن المِلْكَ في الوصيَّة يحْصُل بالموت، أو توقفنا فإن قلنا: يحصل بالقبول، فعلى وجهين. ويجْري الخلافُ فيمن تزوَّجت بعد مَوْت المُوصِي، ثم قتل زوجها.

وأحماء الرَّجُل أَبوا زوجته، وفي دخول أجدادها وجَدَّاتها تردُّد، حكاه الإِمام ـ رحمه الله ـ، ولا يدْخُل أبوا زوْجَةِ الأب، وأَبوا زَوْجَةِ الابْنِ، والأصهارُ كالأحماءِ، هذا ما نقله الأستاذ أبو منْصُور، وتابعه إمام الحَرَمَيْنِ.

وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسيِّ: أن كلَّ رجُلٍ من رجال المحارم، وأبو زوجته حَمُو، وأن الأصهار تشمل الأختان والأحماء[٢].

ويدخل في المحارم كُلُّ محَرَّم بالنَّسَب، وبالرِّضَاع، أو بالمُصَاهَرة، والأولاد، والذُّرِّيَّة، والنَّسْل، والعَقِب، والعِتْرَة، عَلَىٰ ما ذكرنا في الوَقْف.

---

(١) قال النووي: ينبغي أن لا تبطل، بل يتعين الوجه الثاني، أو يرجع فيه إلى العرف والأرجح من الوجهين الثاني.

(٢) قال النووي: وهذا الذي قاله السرخسي هو المعروف عند أهل اللغة. والله أعلم.

ولو قال: لورثةِ فُلاَنٍ، فلمن وَرِثَهُ مِنْ ذَكَرٍ، وأنثَىٰ ينسب أو سبَبٍ بالسوية، لا على مقادير الإرْثِ، فإن لم يكُنْ له وارثٌ خاصٌّ، وصرف ماله إلَىٰ بيت المال، بَطَلتِ الوصيَّة.

وإن ورثته بنتٌ واحدةٌ ولم يحكم بالرد، فتستحق جميع الوصية، أم بعضها؟ فيه وجهان:

أصحهما: عند الأستاذ: أوَّلُهما، ولو مات الموصي، والذي أوصَىٰ لورثته، أو لعَقِبِهِ حيٌّ؟ فالحكايةُ عن بعض الأصحاب بُطْلاَنُ الوصية، لأن الإنسان لا يرثه، ولا يعقبه أحدٌ، وهو حيٌّ، وقال صاحب «النِّهاية» الظاهرُ عِنْدي صحَّةُ الوصيَّة في لفظ العَقِب، إن كان له أولادٌ؛ لأنهم يسمون أعقاب الشَّخص في حياته.

قال: ومثل هذا محتمل[١] في لفظ الورثة، وعلَىٰ هذا؛ فيوقَفُ إلى أن يموتَ، فيتبين من يرثه[٢].

ولو أوصَىٰ لعصبة فلانٍ، لم يُشْتَرطْ في الاستحقاق كون فُلاَنٍ ميتاً يوم موت الموصِي، بخلاف ما ذكَرُوه في لفظ الورثة، والعَقِب، ثم أَوْلاَهم بالتَّعْصيب أولاهم بالوصيَّة.

للمَوَالِي؛ على ما ذكرنا في «الوقْف»، ولو كان له موالٍ من الأعلى والأسفل، ففيه الوجوه، وعن رواية البُوَيْطِيِّ قولٌ آخر؛ أنه يوقَفُ إلَىٰ الاصْطلاَحِ؛ وإن لم يكن إلا أحدُهُما، فيُصرَفُ المال إليه، وها هنا كلامان:

أحدهما: قد يبحث عَنْ موضع الأوْجُه، فنَقُول: إن قصد أحدهما، وجب أن يُحْمَلَ اللفظُ عليه، ولا يجيء فيه الخلافُ، وإن فرض الكلام، فيما إذا لم يَقْصِدْ واحداً منهما، فلا معنى لقولنا: إن الظاهر الإحْسَانُ إلى المُعْتَقِ مكافأة، أو أن العادة الإحسانُ إلى المَمَالِيكِ، بل لا تتجه إلاَّ القسْمَةُ عليهما، أو الإبْطَالُ.

والثاني: إذا لم يوجَدْ إلاَّ أحدُهما، فينقدِحُ أن يُفَرَّعَ على الأوجه فيُقَالَ: إنْ قلْنا بالقسمة، فينبغي أن يُصْرَفَ الآن إلَى الذي وَجَدَ النِّصْف، وإن قلنا بالحمل على المعتق، أو العتيق فإن كان المَوْجُود، هُوَ المحْمُولَ عليه، فذاك، وإلاَّ، بطَلَتِ الوصية، وإن قلْنا بالبطلان، فكذلك ها هنا؛ لأن إبهام اللَّفْظ لا يختلِفُ بين أن يوجد مجاملة، أو

---

(١) في ز: يحتمل.

(٢) قال النووي: هذا الذي اختاره الإمام في العقب وهو الذي قطع به صاحب «العدة» وجعله مذهبنا وجعل البطلان مذهب أبي حنيفة. وهذا هو الراجح إن شاء الله تعالى.

لا يوجد، ثم إذا اقتضىٰ الحالُ الحَمْل على الموالي من الأسفل، أو صَرَّحَ الموصى به، ثبت الاستحقاق لكل من عَتَقَ عليه، سواءٌ تبرَّع بإعتاقه، أو أَدَّىٰ به كفارة أو نَذْراً أو أُعْتِقَ علَيْه بالملك.

وفي أُمهاتِ أولادِهِ، ومدَّبريه وهم الذين يُعْتَقُون بموته وجهان[1].

ويتامى القبيلة الصبيانُ الفاقِدُون لآبائهم، وهل يُشْتَرَطُ الفَقر للاْستحقاق؟ فيه وجهان.

أشبههما: ما قيل في سهم الفَيْء والغنيمة: نعم، ولا بدَّ من تعميم المستحِقِّين، هذا إذا انحصَرُوا، [وأما] إذا لم ينحَصِرُوا، فيجوز الاقتصارُ حينئذٍ علىٰ ثلاثةٍ، وجزم الأُستاذُ بآشتراط الفقر فيهم، لكنَّ الوجهين مشهورانِ في خُمْس الخمس مع عدم الانْحِصَار.

والعمْيَانُ والزَّمْنَىٰ كالأيتام في التفْضيل والخِلاَف[2].

واسمُ الأراملِ يقَعُ على اللواتِي ماتَ عنهُنَّ الأزوَاجُ، وعلى المختلعات، والمبتُوتَاتِ دُون الرجْعيَّات، والأيامَىٰ غير ذوات الأزواج، هذه عبارة الأستاذ [أبي منصور] وبها أخذ الإمام ـ رحمه الله ـ وقال: الفَرْقُ أنَّ الأَرملةَ التي كانتْ لها زوجٌ والأيِّمَ لا يُشْتَرَطُ فيها تقدُّم زوج، ويشتركان في اعتبار الخُلُوِّ عن الزوجِ في الحال، وعبارة صاحب «المهذب» والشيخ القراء لا يُعْتَبَرُ تقدُّم الزوج في تفسير الأرامل، وذكروا في دُخول مَنْ لا زَوجَة له من الرجال في لَفْظِ الأرامل[3] وجْهَيْنِ؛ لأن الاسم في العُرْف للنساء، لكن الشاعر قال [البسيط]:

كُلُّ الأَرَامِلِ قَدْ قضيَتْ حَاجَتَهُمْ ... فَمَنْ لِحَاجَةِ هَذَا الأَرْمَلِ الذَّكَرِ

وفي اشتراط الفقر الوجّهَان المذكُورَان في الأيتام، وبالاشتراط أجاب الأستاذ ها هنا.

والمعتَبَرُون من الأقارب الَّذين يعترَّضون، ولا يسألون، وذو القنوع الذين، يسألون.

---

(١) قال النووي: الأصح: لا يدخلان، إذ ليسا من الموالي، لا حال الوصية، ولا حال الموت.

(٢) قال النووي: قطع صاحب «العدة» بعدم اشتراط الفقر في الزمنى، قال، ومثله الوصية لأهل السجون وللغارمين، وتكفين الموتى وحفر القبور، ويدخل في كل ذلك الغني، والفقير، والمختار طرد الخلاف.

(٣) قال النووي: الأصح تخصيص الأرملة بمن فارقها زوجها، ونقله إمام الحرمين عن نص الشافعي، وهو المفهوم في العرف، والأصح: أن الرجل لا يدخل في الأرامل.

وثيب القبيلة: النساء دُون الرِّجَالِ على أظهر الوجْهَيْن، وبه قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ.

والثاني: أنه يدْخُل الرجَالُ الذي أصابُوا، وفي الأبكار هذا الخلافُ.

وغِلْمَان القَوْم وصبيانُهُمْ، وكذا الأطفال، والذَّرَارِي، واختلف الجوابُ في الشيوخ، والفتيان، والشبان ففي «المهذب» و«التهذيب» أن الشيوخَ الذين جاوَزُوا الأربَعِينَ، والفتيان والشُّبَّان الذين جاوَزُوا البلُوغَ إلى الثلاثين، والمفهومُ منه أنَّ الكُهُول هم بين الثلاثِينَ والأربَعِينَ، فرواية الأستاذ عن الأصْحَابِ الرُّجُوع في ذلك إلى اللُّغَة، واعتبارُ كَوْن الشَّعْر في السواد، والبياض، والاختلاط، ويختلف ذلك بٱختلاف أمزجة الأبدان[1].

---

(١) قال النووي: هذا المنقول عن «المهذب» و«التهذيب» قاله أيضاً آخرون، وهو الأصح المختار. وصرح الروياني وغيره بأن الكهول: من جاوز ثلاثين إلى أربعين. وكذا قال أهل اللغة: إنه من جاوز الثلاثين لكن قال ابن قتيبة: إنه يبقى حتى يبلغ خمسين. وقد أوضحت هذه الأسماء مع اختلاف العلماء فيها وما يتعلق بها في «تهذيب الأسماء». ومن المسائل المتعلقة بما سبق، لو أوصى للحجيج، قال صاحب «العدة»: يستحب دفعه إلى فقرائهم، فإن صرف إلى فقرائهم وأغنيائهم، جاز، لشمول الاسم. وينبغي أن يطرد فيه الوجهان، كالأيتام، والأرامل. واشتراط الفقر هنا أرجح.

[القسم الثاني: في المسائل المعنوية]

قَالَ الْغَزَالِيُّ: القِسمُ الثَّانِي فِي الْمَسَائِلِ المَعْنَوِيَّةِ: أَوَّلُهَا الوَصِيَّةُ بِمَنَافِعِ الدَّارِ وَغَلَّةِ البُسْتَانِ وَثَمَرَتِهِ نَصَّ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُ عَلَىٰ صِحَّتِهِ، وَكَذَا مَنَافِعُ العَبْدِ وَهُوَ تَمْلِيكُ مَنْفَعَةٍ بَعْدَ المَوْتِ لاَ مُجَرَّدُ (ح) إِبَاحَةٍ حَتَّىٰ إِذَا مَاتَ المُوصَىٰ لَهُ وُرِثَ (ح) عَنْهُ، وَيَصِحُّ (ح) إِجَارَتُهُ، وَلاَ يَضْمَنُ إِذَا تَلِفَ العَبْدُ فِي يَدِهِ، وَيَمْلِكُ جَمِيعَ ٱكْتِسَابِ العَبْدِ مِنَ ٱلاَصْطِيَادِ وَٱلاَحْتِطَابِ، وَلاَ يَمْلِكُ وَلَدَ الجَارِيَةِ وَلاَ عُقْرَهَا، وَلاَ مَا يَمْلِكُهُ العَبْدُ بِٱلاَتِّهَابِ عَلَىٰ أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ، وَهَلْ يَمْلِكُ المُسَافَرَةَ بِهَا دُونَ رِضَا المَالِكِ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد سبق أنَّ الوصيَّة بمنافع العبْد والدَّار صحيحةٌ مؤبَّدةً، ومؤقتةً، وكذا بِغَلَّة الدار، والحانوت، وكذا بثمار البستانِ الَّتِي ستحدُثُ على الأصحِّ، ولو أوصَىٰ بخدمة عبد سنةً من السنين، ولم يعيِّن، [فيجعل] التعيين إلى الوارث [وصحت الوصية]؛ قاله الخُضَرِيُّ، وغيره ويجوز أن يجعل له ثمرة بستانه [فإن لم تثمر فثمرة][1] العام القابل، أو خدمة عبْده العَام، فإن مرض، فخدمة العام الثاني، وكذا يجوز أن يُوصِيَ بخدمة عبده لإنسان مدةَ حياةِ زيد.

إذا تقرَّر ذلك، فالغرض الآن الكلامُ في فروع الوصية بالمنافع، ويبنى علَىٰ أصل، وهو أن هذه الوصيَّة تمليكٌ للمنافع بعد المَوْت، وليستْ مجرَّد إباحة.

كما أن الوصيَّة بالأعيان تمليكٌ لها بعد الموت، فلو مات الموصَىٰ له، وَرُثَتْ عنه؛ كسائر حقوقه، وله الإجارة، والإعارةُ، والوصية بها، ولو تلف العبد في يَدِه، لم يضمَنْه، كما لا يضمَنُ المستأجر.

قال في «التهذيب» وليس عليه مؤنةُ الرَّدِّ.

وعن أبي حنيفة: أنها عاريَّةٌ لازمةٌ لا مِلْكَ فيها، ولا يُورَثُ عنه، وليس له الإجارة، هذا إذا أطلق الوصيَّة بالمنافع، أو قيَّدها بالتأبيد، والمرادُ من التأبيد استيعابُ

---

(1) سقط في: ز.

الوصيَّة بمنفعة العبد مدةَ حياتِهِ، وكذا الحكمُ فيما إذا أوصَىٰ بمنفعته مدةً مقدرةً من شهر أو سنةٍ، وحُكِيَ عن رواية أبي علي الطبريِّ؛ وغيره وجهٌ آخرُ؛ أنها لا تنتقل إلَى وَارث الموصَىٰ له لا عند الإطلاق ولا إذا قدر بمدَّة معْلُومَة، ومات الموصَىٰ له قبل انقضائها، والمذهبُ المشهورُ الأوَّلُ.

أما إذا قال: أوصيتُ لك بمنافعه مدة حياتِكَ، فهو إباحةٌ، وليس بتمليكٍ، فليس له الإجارة، وفي الإعارة وجهان[1]. وإذا مات الموصَىٰ له، رجع الحقُّ إلى ورثة الموصِي، ولو قال: أوصيتُ لك أن تَسْكُنَ هذه الدار، أو بأن يخدمك هذا العبْدُ، فهو إباحةٌ أيضاً، لا تمليكٌ؛ بخلاف قوله: «أوصيتُ لكَ بسُكْنَاها أو خدمته» هكذا ذكره القَفَّال وغيره، لكنا ذكرنا وجهَيْن فيما إذا قال: اَسْتَأْجَرْتُكَ لتَفْعَلَ كذا، أنَّ العقْدَ الحاصلَ إجارةُ عَيْنٍ، أم إجارةٌ في الذِّمَّة؟ فإنْ قلنا: إنه إجارة في الذِّمَّة، فينبغي ألا يفرق ها هنا بين قوله: «بأن يسْكُنَهَا، أو بِسُكْنَاهَا».

وفي «فتاوى القفَّال»: أنه لو قال: أطعموا فلاناً كذا مَنّاً من الخبزِ منْ مَالِي، اقتضى تمليكَهُ، كما في إطعام الكفارة، ولو قال: اشتَرُوا الخُبْزَ، واصرفوه إلَىٰ أهْل محلتي، فسبيله الإباحةُ، هذا هو الأصل.

وأما الفروع: فمنها ما يتعلق بجانب الموصَىٰ له فيملك إثبات اليد على العبد الموصَىٰ بمنفعته أو منافعه، وإكسابه المعتادَةِ من الاحتطاب والاصطياد، وأجرة الحِرْفَة؛ فإنها أبدال منافعه، وفي الأكساب النادرة؛ كالموهوب والملتقط وجهان:

أظهرهما: المنع، فإنَّها لا تقصد بالوصية، وذكر الحناطيُّ، أبو الحسنِ العباديُّ الوجهَيْنِ في مطلق الأكساب، وسيأتي في آخر الفصل ما يحقِّق روايتهما.

---

(١) في ز: قولان. وقال في الخادم: ما جزم به من منع الإجارة خالفه في باب الإجارة فقطع بالجواز، والموقع له في هذا تعليل صاحب التهذيب فإنه قال هنا: أما إذا قال أوصيت لك بمنافعه حياتك، فهو إباحة ليس بتمليك، فليس له أن يؤاجره، وقال في كتاب الإجارة: ولو أوصى لإنسان بمنفعة داره ما عاش، فمات الموصي وقبل الموصى له الوصية وأجرها جاز فإذا مات الموصى له في خلاف المدة تنفسخ الإجارة لأنه انتهى حق الموصى له هذا كلامه وتابعه على ذلك صاحب الكافي والرافعي وسبق أن الصواب الجواز وأنهما مسألتان ثم بعد ذلك بأسطر ذكره شيخه البلقيني، ولفظ الشيخ البلقيني بعد ذكره عن التهذيب ما تقدم لم يحك في التهذيب الوجهين في هذه بل حكاهما فيما إذا كانت صيغته أن يخدمك هذا العبد أو تسكن هذه الدار، ولقائل أن يقول بطرد الوجهين في الصورة التي في الكتاب؛ لأنه إنما أوصى بأن يخدمه أو يسكنها. وقضية هذا أن الخطاب ينصرف إلى نفس الموصى له، فإذا أراد أن يُعيره لغيره ففيه وجهان من أجل فقدان معنى المخاطبة لكن في كلام البغوي شيء يقتضي طرد الوجهين في صورة الكتاب أيضاً وهو قوله لأنه إباحة، وليس بتمليك.

ولو أتت الجاريةُ الموصَىٰ بمنفعتها بولدٍ من زوج، أو زنًى، فوجهان:

أحدهما: أنه يملكه الموصَىٰ له؛ كالأكساب، وقد روي أنه ﷺ سَمَّىٰ وَلَدَ الرَّجُلِ كَسْبه.

وأصحهما: أنه لا يملكه، وعلَىٰ هذا، فوجهان:

أحدهما: أنه ملك لورثة الموصِي؛ لأن ٱستحقاق المنفعة لا يتعدَّى إلَىٰ الولد، كما في الإجارة.

والثاني: أن حكمه حكم الأمِّ، رقبته للورثة، ومنفعته للموصَىٰ له؛ لأنه جزء من الأمِّ، فيجري مجراها، وبهذا أجاب العراقيُّون، وصاحب «التهذيب» وإذا وُطِئَتْ بشبهة، أو زُوِّجَتْ، فلِمَنِ المهْرُ؟ فيه وجهان؛ جواب العراقيين بأسرهم: أنه للموصَىٰ له، توجُّهاً بأن المهر من نماء الرَّقَبَة وغلتها، فكان كالأكساب، وتابعهم عليه صاحب «التهذيب». والمنسوبُ إلى المرَاوِزَةِ: أنه لورثة الموصِي؛ لأنه بدل منفعةِ البُضْع، ومنفعةُ البُضْع لا تجوز الوصية بها، فبدلها لا يستحق بالوصية، وإذا تَعَذَّر ذلك كان تابعاً للرقبة؛ وهذا أشبه وأظهرُ علَىٰ ما ذكره صاحب الكتاب، وهو الذي أورده أبو سعدٍ المتولِّي، ولا خلاف أنه ليس له وطؤها، لكن لو وطئها، لم يُجَدَّ للشبهة، وفيه وجه: أنه يُحَدُّ، كما لو وطيء المستأجر، ولو أولدها بالوطء لم تَصِرْ أمَّ ولد له، لكن الولد حرٌّ للشبهة.

وحكى العباديُّ وجْهاً؛ أنه يكون رقيقاً، فإذا قلنا بحريته، فإنْ جعلنا الولد المملوك كالكسب، فلا قيمة عليه، وإلاَّ، فعلَيه القيمة، ثم هل هي لمالك الرقَبَة أم يشتري بها عبداً تكون رقبته لمالك الرقبة ومنفعتُهُ للموصَىٰ له فيه وجهان، هذا ما ذكروه في هذه الصورة، ولم يَفرِقُوا بين أن يقول: أوصَيْتُ بمنفعة العبد، أو بغلته، أو بكسبه، أو بخدمته، أو بمنفعة الدار، أو سكناها، أو غلَّتِهَا، وكان الأحسن أنْ يُقَالَ: الوصيةُ بالمنفعة تُفِيدُ استحقاق الخدمة في العبد، والسكنىٰ في الدار، والوصية بالخدمة، والسكنى لا تفيد استحقاق سائر المنافع؛ ألا ترى أنه إذا استأجَرَ عبداً للخدمة، لم يملك تكليفه البناء، والغراس، والكتابة؟ وإذا استأجر دَاراً للسُّكْنَىٰ لم يكن له أن يعمل فيها عمل الحدَّادِين، والقصَّارين، ولا أن يطرح الزيل فيها؟ ولا يبعُدُ أن يكون المرادُ هذا.

وإن أطلقوا الكلام إطلاقاً، وأجرَوُا الصُّوَرَ مُجْرَى واحداً، بل ينبغي أن يُقَالَ: الوصيةُ بالغَلَّة، والكَسْبِ، لا تفيدُ استحقاق السكْنَىٰ، والركوب، والاستخدام، والوصية بواحد منها لا تُفيد ٱستحقاقَ الغلَّةِ، والكسْبِ، والغَلَّةُ، فائدةُ عينيةٌ، والمنفعة تُطْلَقُ في مقابلة العَيْن، فيُقَالُ: الأموالُ تنقسم إلى الأعيان والمنافعِ، وهذا يوافق ما حكاه وجْهاً؛ أن الموصَىٰ له بالمنفعة لا يستحقُّ مطلق الكسب.

وهل ينفرد الموصَىٰ له بالمسافرة بالمُوصَىٰ بمنفعته؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، كما لا يجوز لزوج الأمةِ أنْ يُسَافِر بها، رعايةً لحق المالك.

وأظهرهما: نعم، وإلا، فيتبعض عليه الانتفاع، وليس كالزَّوْج مع السيد، فإن المنفعة هناك للسيد، ولذلك يستقلُّ بالمسافرة وملك الرقبة، ها هنا لا يستقل.

وقوله في الكتاب في مبدأ الفصل «الوصيةُ بمنافعِ الدارِ، وغلَّةِ البُسْتَانِ، وثمرتِهِ لفظ الغلَّة» بالدار أليق منه بالبستان، فلو قال: بمنافع الدار، وغلَّتها، وثمرة البُسْتَانِ كان أولَىٰ، وهكذا هو لفظ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ في «المختصر» قال: «ولو أوصَىٰ بخدمة عبده، أو بِغَلَّةِ دارِهِ أو ثمرة بستانه».

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَالوَارِثُ يَمْلِكُ إِعْتَاقَهُ، ثُمَّ يَبْقَىٰ (و) مُسْتَحِقَّ المَنَافِعِ بَعْدَ العِتْقِ، وَيَلْزَمُهُ (ح) الإِنْفَاقُ قَبْلَ العِتْقِ، فَإِنْ أَرَادَ الخَلاَصَ فَلْيُعْتِقْ، وَقِيلَ الإِنْفَاقُ عَلَىٰ المُوصَىٰ لَهُ، كَمَا أَنَّهَا عَلَىٰ الزَّوْجِ، وَقِيلَ: إِنَّهَا فِي كَسْبِهِ، وَلاَ يَمْلِكُ الوَارِثُ بَيْعَهُ إِنْ أَوصَىٰ بِمَنْفَعَتِهِ مُؤَبَّداً، وَإِنْ كَانَ مُؤَقَّتاً فَهُوَ كَبَيْعِ المُسْتَأْجِرِ، وَهَلْ يَمْلِكِ كِتَابَتَهُ وَلاَ كَسْبَ لَهُ إِلاَّ الصَّدَقَاتُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالمَاشِيَةُ المُوصَىٰ بِنِتَاجِهَا لِلغَيْرِ يَجُوزُ بَيْعُهَا لِبَقَاءِ بَعْضِ المَنَافِعِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ومن الفروع ما تتعلق بجانب وارِثِ المُوصِي، وهي أربعة:

إحداها: الوارثُ يملك إعتاقَ العَبْدِ المُوصَىٰ بمنفعته؛ لأن رقبته خالصةٌ له، وأشار صاحب «الرقم» وغيره إلَىٰ خلاف[1] فيه؛ والمذهب الأول؛ وحكى الإمام وجهَيْن في جواز إعتاقه عن الكفارة.

وأصحهما: المنع؛ لأنه عاجزٌ عن الكسب لنفسه، فأشبه الزَّمِنِ، ثم إذا أُعْتِقَ، فوجهان:

أصحهما: وهو المذكور في الكتاب: بل في معْظَم كتب الأصحاب: أن الوصيَّةَ تبقَىٰ بحالها، وتكونُ المنافعُ مستحقَّةً للموصَىٰ له، كما كانت؛ كما إذا أعتق العبد المستأجر، ولا يرجع العتيق على المعتق بقيمة المنفعة، بخلاف ما إذا آجر عبده، ثم أعتقه، حيث قلنا: علَىٰ رأيٍ: إنه يرجع بقيمة المنفعة للمدَّة الباقية؛ لأنه أتلف عليه منفعتَهُ بعْد العتق، بعقد قبله، وأخذ عوضَهَا، وها هنا مِلْكُ الرقبة مسلوب المنفعة، ولم يفوت عليه شيئاً.

والثاني: نقله أبو الفرج الزاز أن الوصيَّةَ تَبْطُلُ، ويبعُدُ أنْ يكون الحُرُّ مستحِقّ

---

(١) هذا الخلاف صرح به الماوردي وغيره.

المنفعة أبد الدهرِ، وعلى هذا؛ فهل يرجع الموصَىٰ له على المعْتِقِ ببدل المَنَافِعِ؟ فيه وجهان، وهل للوارِثِ كتابةُ هذا العبد؟ فيه وجهان:

أظهرهما: لا؛ لأن أكسابه مستحَقَّةٌ للغير فلا تنصرف إِلَىٰ جهة الكتابة.

والثاني: نعم؛ اعتماداً على ما يأخذه من الزكاة.

الثاني: إن كانت الوصيةُ بمنفعةٍ مدةً معلومةً، فنفقته على الوارث؛ لأنه مالك الرقبة. كما إذا آجر عبده، وإن كانت الوصية بها على التأبيد، فثلاثة أوجه:

أصحهما: أن الجواب كذلك، فإن كان يتضرَّر بذلك فخلاصُهُ في أن يعتقه.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ والإِصطخريُّ: أنها على الموصَىٰ له؛ لأنه ملك منفعته عَلَى التأبيد، فأشبه الزَّوْجَ.

والثالث: أنَّها في كسبه، فإِن لم يكُنْ له كسْبٌ، أو لم يَفِ بها، ففي بيت المال[1]؛ لأن الإيجاب على الوارث، ولا فائدة له في العبد وإجحافٌ به، والموصَىٰ له، لا يملك الرقَبَةَ، حتَّى نوجب عليه، فتعيَّن ما ذكرناه، والفطرة علَىٰ ما ذكره أبو الفرج السرخسيُّ، وطائفة، كالنفقة، ففيها الخلاف.

وعلى ما أورده صاحب «التهذيب» القطعُ بوجوبها علَىٰ مالك الرقبة، وهو كما حَكَيْنَا عن أبي الفضل بنْ عبدان في «باب الفطرة» فيما إذا أوصَىٰ برقبة عبده لرجل، وبمنفعته لآخر، وعلفُ البهيمةِ كنفقة العبد، وعمارة الدار الموصَىٰ بمنافعها وسقي البستان الموصى بثماره، إنْ تراضيا عليه، أو تطوَّع به أحدهما، فذاك، وليس للآخر منعه، وإن تنازعا، لم يُجْبَرْ واحدٌ منهما، بخلاف النفقة؛ لحرمة الحيوان.

وأشار بعضُهم إِلَىٰ طرد الخلاف المذكور، في العمارة، وسائر المؤنات[2].

الثالث: بيع الموصَىٰ بمنفعته مدةً؛ كبيع المستأجر، وإن كان مَوَصًى بمنفعته عَلَىٰ التأبيد، ففي بيع الوارِثِ الرقبَةَ وجوه:

أحدها: الصحة؛ لكمال المِلْكِ فيها.

---

(١) وأطلق الماوردي في نقل الثالث ولعله وجه رابع، الدارمي صرح به فقال: تفقه على أربعة، أوجه:
أحدها: على مالك المنفعة، والثاني: على مالك الرقبة. والثالث: في بيت المال: والرابع: في كسبه مما فضل فللمالك منفعته وإن عجز فعلى بيت المال.

(٢) هذا الذي جزم به من عدم إجبار أحدهما مخالف لما نقله في باب الرهن عن الروياني أن الراهن والمرتهن لو اتفقا على ترك سقي الثمرة مع إمكانه أن لا يجوز وادعى الروياني أنه الأصح ووجهه ظاهر لأن تركه إضاعة المال وهو غير جائز.

والثاني: المنعُ؛ لاستغراقِ المنفعةِ بحَقِّ الغير.

والثالث: أنه يصحُّ بيع العبد، والأمة، دون البهائم والجمادات؛ لأنه يُتَقَرَّبُ إلى الله تعالَىٰ بإعتاقها.

والرابع: أنه يصحُّ البيع من الموصَىٰ له، ولا يصحُّ البيع من غيره؛ إذْ لا فائدة [له] فيه، وهذا أرجح علَىٰ ما يدُلُّ عليه كلام الأئمة ـ رحمهم الله ـ؛ ومنهم مَنْ قَطَعَ بالمنع، إذا باع من غير الموصَىٰ له.

والماشية الموصَىٰ بنتاجها للغير، يجوز بيعها؛ لبقاء بعض الفوائد، والمنافع؛ كالصوف واللبن والظهر، وإنما الخلافُ فيما إذا استغرقت الوصيةُ المنافع، وهذه الفروع الثلاثةُ هي المذكورةُ في الكتاب، والمواضعُ المحتاجَةُ إلى العَلاَمَاتِ منها غيرُ خَافِيَةٍ.

وقوله: «ولا يملك الوارث بيعه إن أوصَىٰ بمنفعته مؤبداً ظاهره الجوابُ بنَفْي الصحَّة مطلقاً، لكنه علَىٰ ما يدل عليه كلامُهُ في «الوسيط» أراد الوجه الفارِقَ بين ما إذا بَاعَ من الموصَىٰ له، أو من غيره؛ والمعنى إلاَّ أن يبيع من الموصَىٰ له.

وقوله: «ولا كسب له إلاَّ ما يأخذ من الصدقات» فيه إشارة إلى توجيه الوجْهَيْن، ويمكنُ أن تجعل مجموعةً وجْهاً للمنع، أي لا كسب له إلاَّ ما يأخُذُ مِن الصَّدقاتِ، وأنها عارضةٌ لا اعتماد عليها، فلا للتصحيح.

الفرع الرابع: ليس للوارث وطء الجارية الموصَىٰ بمنفعتها، إن كانَتْ ممن تَحْبَلُ؛ لما فيه من خوف الهلاك بالطَّلْق، والنُّقصان والضَّعْف بالولادة والحَمْل، وقد يوجه أيضاً بأنه غير تامِّ الملك فيها، وإن كانت ممَّنْ لا تحمل، فعلَىٰ وجهين، كما ذكرنا في وطء المراهق الجارِيَةَ المرهونةَ.

وقطع صاحب التَّتِمَّةِ بالجواز، وإن كانت ممَّنْ لا تحبل، وذكر وجهين فيما إذا كانت ممَّنْ تَحْبَلُ، فيحصل من ذلك ثلاثة أوجُهٍ في المسألة؛ فإن حرمنا الوطء، فوطىء، فلا حد؛ لظهور الشبهة، ووجوبِ المهر يُبْنَىٰ علَىٰ أنها لو وُطِئَتْ بالشبهة؛ لمن يكون المَهْر؟ إنْ جعلناه للوارِثِ، لم يجب عليه المهْرُ ها هنا، وإلاَّ، وجب.

فإن أولدها، فالولدُ حرٌّ، وعليه قيمته، وتكون القيمةُ للموصَىٰ له، أم يشترى بها عبداً يخدم الموصَىٰ له، ورقبتُهُ للوارِثِ؟ فيه وجهانِ كالوجهَيْن فيما إذا ولدَتْ ولداً رقيقاً، وتصير الجاريةُ أمَّ ولد له، وتعتق بموته، مسلوبة المنفعة، وفيه وجهٌ ضعيف؛ أنها لا تصيرُ أمَّ وَلَدٍ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **إِذَا قُتِلَ العَبْدُ فَلِلوَارِثِ اسْتِيفَاءُ القِصَاصِ، وَيَحْبُطُ حَقُّ المُوصَىٰ لَهُ، فَإِنْ رَجَعَ إِلَى القِيمَةِ فَقَدْ قِيلَ: إِنَّ الوَارِثَ يَخْتَصُّ بِهَا، وَقِيلَ: يُشْتَرَىٰ بِهَا عَبْدٌ فَيَقُومُ**

مَقَامَهُ، وَقِيلَ: يُوَزَّعُ عَلَى الرَّقَبَةِ مَسْلُوبَةَ المَنْفَعَةِ وَعَلَىٰ المَنْفَعَةِ، وَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا بِهَذَا ٱلاعْتِبَارِ، وَإِنْ جَنَىٰ هُوَ تَعَلَّقَ الأَرْشُ بِرَقَبَتِهِ، فَإِذَا بِيعَ بَطَلَ حَقُّ المُوصَىٰ لَهُ، وَإِنْ فَدَاهُ الشَّيْءُ، ٱسْتَمَرَّ حَقُّهُ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ طَرِيقَ ٱحْتِسَابِهِ مِنَ الثُّلُثِ أَنْ يُعْتَبَرَ مَا نَقَصَ مِنْ قِيمَتِهِ بِسَبَبِ الوَصِيَّةِ بِمَنْفَعَتِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في هذه البقيَّة ثلاثُ مسائلَ:

إحداها: في الجناية على العبد الموصَىٰ بمنفعته، فإن قُتِلَ، نُظِر؛ إنْ كان قتلاً يوجب القصاص، فلمالك الرقبة الاقتصاص، وإذا اقتصَّ، حبط حق الموصَىٰ له، كما لو مات، أو انهدمَتِ الدار، وبطَلَتْ منافعها، وإن كان مما يوجب المال، أو رجع إلَيْه، ففي القيمة المأخوذةِ أوجه:

أحدها: أنه للوارث، بحق ملك الرقبة، ولا شيء لمستحِقِّ المنفعة، كما لا حَقَّ للمستأجر في بدل المستأجر، ولا لزوج الأمة في بدَلِها.

والثاني: ويُحْكَىٰ عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنه يشترَىٰ بها عبدٌ يقوم مقامه، فتكون رقبته للوارِثِ، ومنفعته للموصَىٰ له؛ لأن القيمة بدلُ الرقبة ومنافعها، فتقوم مقامها، وهذا أصحُّ عند الشيخ أبي حامد والإمام ـ رحمهما الله تعالى ـ.

والثالث: أنها توزع على الرقبة مسلوبة المنافع، وعلى المنفعة وحدها وطريقه أن يُقومَ الرَّقبة بنافعها، ثم تقوم بلا منفعة، ولا بدُ، وأن يكون لها قيمة؛ لما في إعتاقها من الثواب، وجَلْب الولاء، فقدر التفاوتِ هو قيمةِ المنفعة، فما هو حصَّةُ الرقبة من القيمة، فهو للوارث، وما هو حصَّةُ المنفعةِ، فللموصَىٰ له، وهذا الوجه والذي قبله مأخذهما واحدٌ، وافتراقهما في أن القيمة تُصْرَفُ إلىٰ عبدٍ آخَرَ، أو تُقَسَّمُ بحالها.

ولولا ما سنذكره من الإشكال في تقويم المنفعة، لاَقتضى القياسُ ترجيحُ الثاني، كما في غرامة سائر المتلفات، وإنما يتوجَّه تحصيل عبد آخر في «الوقف».

والرابع: أنها للموصَىٰ له خاصَّةً؛ لأن تقويمه بمنافعه، والمنافع حقُّه؛ ويخرج على هذا الخلاف [فيما] إذا قتله الوارث، أو الموصَىٰ له؛ فلا شيء على مَنْ لو كان القاتل غيره، لكَانَتِ القيمةُ مصروفة إليه، وإن جنَىٰ عليه بقَطْع بعض أطرافه؛ فمنهم من طرد الأوجه الثلاثة الأُوَلَ في الأرش، وذكر أنه يُشتَرَىٰ به على الوجه الثاني، ولا يَبْعُدُ تخريجُ الوجْه الرابع علَىٰ هذه الطريقة؛ تشبيهاً له بالولد، والزيادات العينية، ومنهم مَنْ قَطَعَ ها هنا، بكون الأرش للوارث، واتفقوا على ترجيحه، وإنْ ثَبتَ الخلافُ، وكان سببه أن العبْدَ بقِي منتفعاً به، ومقادير المنفعة لا تنضبط، وتختلِفُ بالمرض والكبر، وكأنَّ حقُّ الموصَىٰ له باقياً بحاله.

الثانية: في جنايته، فإنْ أتَىٰ بما يوجِبُ القصاص، واْقتُصَّ منه، فقد ضاع حقُّ المالك، والموصَىٰ له جميعاً، وإن وجب المال، تعلَّق برقبته، فإن لم يفدياه، بِيعَ في الجناية، وبَطَل حقهما، ويتقدم حق المجنيِّ عليه علَىٰ حقهما، فإنْ زاد الثمن على الأرش، قال أبو الفرَجَ السرخسيُّ: يُقَسَّمُ بينهما على نسْبَة حقِّهما، وينبغي أن يجيءَ فيه الخلافُ السابِقُ، وإن فدياه، استمر الحقَّان، وإن فداه مالك الرقبة فكذلك، وإن فداه الموصَىٰ له، فوجهان في لزوم الإجابة على المجنيِّ عليه:

أحدهما: لا يلزم؛ لأنه أجنبيٌّ عن الرقبة.

وأشبههما: اللزوم؛ لظهور غرضه فيه، وهذا فيما إذا فَدَىٰ أحدهما العبْدَ بمنافعه، فإن فدَىٰ حصته، قال أبو عبد الله الحناطيُّ: يُبَاعُ نصيب صاحبه، وفيه إشكال؛ لأنه إنْ فدَىٰ مالك الرقبة، فكيف تباع المنافع وحْدَها؟ وإنِ فدَىٰ الموصَىٰ له، واستمر حقُّه فَبَيْعُ الرقبة يكُونُ على الخلاف الذي مَرَّ في أن الوارث، هلْ يبيح الرقبة؟

وقوله في الكتاب: «فإن فداه السيد اسْتمرَّ حقُّه» يعني حقَّ الموصَىٰ له، وتخصيص السيد بالذِّكْر يمكن أن يكون إشارةً إلى الخلاف في أن فداء الموصَىٰ له، هل تلزم إجابته، أو والاختيار أنها لا تلزم.

الثالثة: كيف يُحْسَبُ الوصية بالمنفعة من الثُّلُث؟ إن أوصَىٰ بالمنفعة أبداً، فوجهان، ويُقَال: قولان:

أحدهما: أنه يُعتبر الرقبةُ بتمام منافِعِها من الثلث، كما لو باع بثَمَنٍ مؤجَّلٍ يعتبر قيمته من الثلث، وهذا؛ لأنه حَالَ بينها وبين الوارث، والحيلولة كالإتلاف؛ ألا تَرَىٰ أن الغاصِبَ يضمن بها؟ وأيضاً فإن منافع الرقبة وفوائِدَها قد بطَلَتْ على الوارث، فكأنه قد فوَّتها بالكلية.

والثاني: خرَّجه ابن سُرَيْج: أن المعتبر ما بين قيمتها بمنافعها وقيمتها مسلوبة المنفعة؛ لأن الرقبة باقيةٌ للوارث، فلا معنى لاْحتسابها على الموصَىٰ له، وهذا أصحُّ عند صاحب الكتاب وطائفة، والأولُ أصحُّ عند الأكثرين، وهو نصه في اختلاف العراقِيِّينَ في «الإملاء»، وبه أجاب ابن الحدَّاد، ووجه أيضاً بأن المنفعة أبداً هي التي أوصَىٰ بها، والمنفعة أبداً لا يمكن تقويمُها؛ لأن المنفعة أبداً يُعْنَىٰ بها منفعةُ مدة العمر، ومدةُ العمْرِ غَيْرُ معلومةٍ، فمنفعة مدةِ العُمْرِ غيرُ معلومةٍ، وما لم يُعْلَمْ ولا يضبط لا يمكن تقويمُهُ.

وإذا تعذَّر تقويم المنافع وحدها، تعيَّن تقويم الرقبة؛ وحُكِيَ هذا الوجهُ عن أبي إسحاق.

واعلم أنَّا ذكرنا ما قيل في طريق تقويم المنفعة من قبل، ويشبه أن يُقَالَ: إنَّه غيرُ صَالح لتقويم منفعة الموصَىٰ بها[١] كما ذكره أبو إسحاق، لكنه صالح المعرفة ما فات على الورثة، أمَّا الأول؛ فلأنَّا إذا قوَّمنا الرقبةَ مع منافعها، فلا يُعْتَبَرُ فيه إلاَّ صفاتُ الرقبة في الحال، ولا ينظر إلى تأبدها، ولا تأقتها، كما لا يُنْظَرُ في الذَّات إلَىٰ مدة بقائها، والموصَىٰ به ليس له مجرَّدُ المنفعة، بل منفعة مدة العمر، فإذن الطريق المذكور، لو أفاد، إنما يُفِيدُ معرفة قيمة المنفعة، لا قيمة المنفعة أبداً، وهي التي أوصَىٰ بها.

وأما أنه صالِحُ المعرفة ما فات على الورثة؛ فلأنا إذا قوَّمناه منتفعاً به، ومسلوب المنفعة، عَرَفْنا أن ما نَقَصَ هو الذي فوته على الورثة، فأمكن أَنْ يقال: إنه المعتبرُ من الثلث، ويجوز أن يفوت على الورثة بوصيته ما لاَ يَحْصُل للموصَىٰ له، كما لو أوصَىٰ بأحد مصراعَي الباب، وزوْجَيِ الخُفِّ.

والذي ينبَغِي أن يُعْتَبَرَ من الثُّلُثِ هو الذي نقص من قيمتها، فإن قلنا: إن المحسوب من الثُّلُثِ قدر التفاوت، فهل يُحْسَبُ قيمة الرقبة من التركة أم لا تُحْسب على الوَارِثِ، كما لا تُحسب على الموصَىٰ له؟ فيه وجهان:

أظهرهما: الأول، ولنوضِّحْ ذلك بالمثال:

أوصَىٰ بمنفعة عبد، قيمته بتمام منَافِعِه مائة، ودون المنافع عَشَرةٌ، فعلى المنصوص يُعْتَبَرُ من الثلث المائة، ويشترطَ أن يكون له سوى العبد مائتان، وعلى الثاني المعتبر التسْعُونَ، فيشترط أن يبقَىٰ للورثة ضعْفُ التسعين مع العَشَرة على وجه، ودونها على وجه، هذا إذا أوصَىٰ بمنفعته أبداً، وإن أوصَىٰ بها سنة أو شهراً، ففيه طرق:

أحدها: أن الحكم كما في الوصية المؤبَّدة، نقله بعض الشارِحِينَ.

والثاني: عن الخُضَرِيِّ: إنِ اعتبرنا تفاوُتَ ما بين القيمتَيْنِ هناك، فها هنا أَولَىٰ، وإن اعتبرنا قيمة الرقبة، فها هنا وجهانِ؛ بناءً على جواز بيع المستأجر. إن جوزناه، اعتبرنا من الثلث قدر التفاوت، وإلاَّ، اعتبرنا قيمة الرقبة؛ لأنها كالتالفة، ويمكن على هذا القياس أن يُبْنَىٰ الخلاف فيما إذا أوْصَىٰ بمنفعته أبداً على الخلاف في أنَّ الوارث، هل يتمكَّنُ من بيعه؟

والثالث: أن المعتبر الثُّلُثُ من قيمة منفعةِ تلْكَ المدة، وهي أجرة المثل، واستبعده في «الوسيط» لأن المنافع تحدُثُ بعد الموت، فليس الموصي مفوتاً لها مِنْ ملْكه.

---

(١) ف: الموصى له.

والرابع: وهو الأظهر: أنه يقوم العبد بمنافعه، ثم يقوم مسلوبَ المنفعة في تلْكَ المدة فما نقص، فهو المعتبرُ من الثلث، وقيمة الرقبة في هذه الحالة محسوبةٌ من التركة بلا خلاف. ويتفرَّع على الخلاف المذْكُور صُوَرٌ:

إحداها: إذا أوصَىٰ بمنفعةِ عبدِهِ ثلاثَ سِنِينَ، ولا مالَ له سواه، إن ٱعتبرنا قيمة الرقَبَة من الثلث، صحَّت الوصية في منافع الثلث، ورُدَّتْ في الباقي، وإن اعتبرنا ما نقَصَ بسَبَب الوصية، وكان النقصان نصف القيمة، فتُرَدُّ الوصية في سُدُسِ العبد، أو ينقص من آخِرِ المدَّة سدُسُها؟ فيه وجهان.

أظهرهما الأول؛ لأن قيمة المنافع تختلفُ بٱختلاف الأوقات.

والثانية: أوصَىٰ برقبته لإنسان، وبمنفعته لآخَر، إن قلنا: يُعْتَبَرُ من الثلث كمال القيمة، فَيُنْظَرُ فيما سواه من التَّركة، ويسلم إلَىٰ كلِّ واحد حقُّه كاملاً أو غَيْرَ كامل، وإنْ قلنا: المعتبر التفاوتُ، فإنْ حسبنا الرقبة على الوارث [إذا بقيت له ها هنا يحسب كمال القيمة عليهما وإن لم تحسب الرقبةُ على الوارث][1]، فكذلك لا تحسب على الموصَىٰ له بها، وتصحُّ وصيته من غير اعتبار الثلث، كذلك ذكره في «التتمة».

والثالثة: أوصى بالرقبة لإنسان، واستبقى المنفعة للورثة، فإن قلنا: المعتبر من الثُّلُث كمال القيمة، لم تعتبر هذه الوصية من الثلث، لجعلنا الرقبة الخالية عن المنفعة كالتالفة، وإن قلنا: المعتَبَرُ التفاوُتُ فإن حسبنا قيمة الرقَبَةِ على الوَارِثِ، فها هنا تُحْسَبُ قيمة الرقَبَةِ على أرباب الوَصَايَا، وندخلها في الثلث، وإن لم تحسب قيمة الرقبة على الوارث، فها هنا يحسب قدر التفاوت على الوارث، ولا يحسب قيمة الرقبة على أرباب الوصايا.

الرابعة: العبد الموصَىٰ بمنفعته، لو غصبه غاصب، فلمن تكون أجرة المدة التي كانَتْ في يد الغاصب؟

قال في «التتمة»: إن قلنا: المعتَبَرُ من الثلث جميعُ القيمة، فهي للموصى له، فكأنه فَوَّت الرقبة على الوَارِثِ، وإن قلنا: المعتَبَرُ التفاوُتُ، فوجهان:

أحدهما: الأجرة لمالك الرقبة، كما لو غَصَبَ العبد المستأجر.

وأظهرهما: أنها للموصَىٰ له؛ لأنها بدل ملكه، وتخالف الإجارة لأن الإجارة تنفسِخُ في تلك المدَّة، فتعود المنافع إلَىٰ ملك مالك الرقبة.

والخامسة: لو أوصَىٰ بثمرة بستانه، خرج على الخلاف، ففي وجهٍ: تُعْتَبَرُ جميع قيمة البستان من الثلث، وفي وجهٍ: ما بين قيمته بمنافعه وفوائده، وبين قيمته مسلوب

---

(١) سقط في أ، ز.

المنفعة[١]، فإنِ احتمله الثُّلث، فذاك، وإلاَّ، فللموصَىٰ له القدرُ الذي يحتمله والباقي للوارث، فإن لم يحتمل إلاَّ النصف، فله من ثمرة كُلِّ عام النصف، والباقي للوارث.

فَرْعٌ: لابْنِ الحَدَّادِ ـ رحمه الله ـ إذا أوصَىٰ لرجلٍ بدينارٍ كلَّ شَهْرٍ من غلة داره، أو كسبِ عَبْدِهِ، وجعله بعده لوارثه، أو للفقراءِ والمساكينِ، والغلةُ، والكَسْبُ عَشَرَةٌ مثلاً؛ فاعتبارُ هذه الوصية من الثلث كاعتبارِ الوصيَّة بالمنافع مدَّةً معلومةً؛ لبقاء بعض المنافع لمالكِ الرقبة، فيكون الظاهر فيهما أنَّ المعتبَرَ قدْرُ التفاوت بين القيمتَيْنِ، ثم يُنْظَرُ؛ إن خرجتِ الوصيةُ من الثلث، قال ابن الحدَّاد: ليس للورثة أن يبيعوا بعض الدار، ويدعوا ما يحْصُل منه دينار؛ لأنَّ الأجرة تتفاوت؛ فقد تتراجَعُ، وتعود إلى دينار وأقل، وحينئذ، فيكون الجميع للموصىٰ له، وهذا إذا أرادُوا بيع بعضها علَىٰ أن تكون الغلَّةُ للمشتَرِي، فأما بيع مجرَّد الرقبة، فعلَىٰ ما سبق من الخلاف في بيع الوارثِ الموصَىٰ بمنفعته، وإن لم يخرج من الثلث، فالزائد على الثُّلُث رقبة، وغلة للوارث يتصرَّف فيه كيف يشاء، وإن كانت الوصية بعُشْرِ الغلة في كلِّ سنة، فما سوى العُشْر يخلص للوارث، يتصرَّف فيه كما يشاء، والفَرْقُ ظاهر[٢].

فَرْعٌ: أوصَىٰ لإنسانٍ بدينارٍ كلَّ سنة، حكَى الإمام أنَّ الوصيَّةَ تصحُّ في السنة الأولى بدينار، وفيما بعدها قولان:

أحدهما: الصحة؛ لأن غاية ما فيها الجَهَالَةُ، وأنها لا تمنعُ صحَّة الوصيَّة، وأيضاً، فالوصيَّةُ بالمنافع صحيحةٌ لا إلَىٰ نهايةٍ، فكذلك ها هنا.

---

(١) قال في الخادم: فيه أمران

أحدهما: لم يحك هنا الوجه الثالث في العبد، وقضية قوله يخرج على الخلاف جريان الأوجه السابقة في العبد كلها وسكوته في الوجه الثاني عن حكم الرقبة لا يدل على شيء، وصرح في البيان بأن صاحب الوجه الثاني هو القائل بتقديم المنفعة على الموصى له، والرقبة على الوارث مفرقاً بأن البستان قد يجف فتبطل الوصية بالمنفعة فثمرته ويمكن الوارث الانتفاع.

الثاني: هذا الخلاف فيما إذا أوصى له بها على التأبيد كما قيده في المهذب أما إذا أوصى بالثمرة مدة معلومة ففي البيان أن الرقبة تقوم في حق الوارث المنفعة من حق الموصى له وجهاً واحداً، والظاهر أن مراده أن الرقبة لا تقوم على الموصى له، ولا تترك بلا تقويم، بل يقوم على الوارث قطعاً، ولا يقوم على الموصى له سوى المنفعة، ويجيء في طريق تقويم المنفعة الوجهان فيما لو أوصى بمنفعة العبد مدة معلومة.

(٢) قال في الذخائر: وما قاله ابن الحداد صححه الأصحاب، وقال ابن الصلاح: في فتاويه لم أجد لابن الحداد مخالف في صحة الوصية في هذه الصورة مع اشتمالها على إنشاء الوصية للفقراء حتى لا يوصي وبعد موت الموصي يجيز ثم لم يفسدها فدل على أن ذلك لا يؤثر.

وأظهرَهُمَا: البطلانُ؛ لأنه لا يعرف قَدْر الموصَىٰ به حتَّىٰ يخرج من الثلث؛ فإنْ صحَّحناها[1]، فإن لم يكُنْ هناك وصيَّة أُخْرَىٰ، فللورثة التصرُّف في ثُلُثَيِ المال لا مَحَالة، وفي ثلثه وجهان:

أحدهما: نفوذُ التصرُّف بعد إخراج الدِّينار الواحِدِ؛ لأنا لا ندْرِي ٱستحقاق الموصَىٰ له في المستقبل.

والثاني: أنه يوقف؛ لأن ٱلٱستحقاقَ قد يثبت بقبول الوصية، إلَىٰ أن يظهر قاطع، وإن قلنا بالتوقف، وبقي الموصَىٰ له إلى أن استوعب الدنانير الثلث، فذاك، وإن مات، فعن صاحِبُ «التَّقْريب» أن بقية الثلث تُسلَّم للورثة.

قال الإمام: وفيه نَظَر؛ لأن هذه الوصية، إذا صحَّحناها كالوصيَّة بالثمار بلا نهاية، فوجب أن ينتقل الحقُّ إلى الورثة، وإن نفَّذنا تصرفهم فَكُلَّمَا انقضت سنة، طالب الموصَىٰ له الورثَة بدينار، وكان ذلك كوصية تظهر بعد قسمةِ الورثةِ التركة، وإن كان هناك وصايا أُخَرُ، قال صاحب «التقريب» يغض الثلث بعد الدينار الوَاحِد على أرباب الوصايا، ولا يتوقف فإذا انقضت سنةٌ أخرَىٰ، ٱسترد منهم بدينار ما يقتضيه التقسيط.

قال الإمام: وهذا بيِّنٌ، إذا كانت الوصية مقيَّدةً بحياة الموصَىٰ له، أما إذا لم نقيد وأقمنا ورثته مقامَهُ، فهو مشكلٌ لا يهتدى إليه.

فَرْعٌ: لو انهدَمَتِ الدَّارُ الموصَىٰ بمنافعها، فأعادها الوارِثُ بآلاتها، هل يعود حقُّ الموصَىٰ له؟ فيه وجهانِ محكيَّان في «المعتمد». ولو أراد الموصَىٰ له إعادَتَهَا بآلاتها، فعلى الوَجْهَيْن[2].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِيَةُ: إِذَا أَوْصَىٰ بِالحَجِّ عَنْهُ نُظِرَ، إِنْ كَانَ تَطَوُّعاً صَحَّتْ إِنْ جَوَّزْنَا ٱلاَسْتِنَابَةَ بِتَطَوُّعِ الحَجِّ، ثُمَّ هُوَ مَحْسُوبٌ مِنَ الثُّلُثِ، وَلَكِنْ يَتَنَزَّلُ مُطْلَقُهُ عَلَىٰ حَجِّهِ مِنَ المِيقَاتِ، أَوْ مِنْ دُوَيْرَةِ أَهْلِهِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ كَانَ حَجَّةَ الإِسْلاَمِ فَلاَ حَاجَةَ إِلَىٰ الوَصِيَّةِ فَإِنَّهُ دَيْنٌ يَخْرُجُ مِنْ رَأْسِ المَالِ وَإِنْ لَمْ يُوصَ بِهِ كَالزَّكَوَاتِ وَسَائِرِ الدُّيُونِ، وَلَكِنْ إِنْ قَالَ: حُجُّوا مِنْ ثُلُثِي كَانَ فَائِدَتُهُ زَحْمَةَ الوَصَايَا بالمُضَارَبَةِ، وَلاَ يُقَدَّمُ الحَجُّ عَلَى الوَصَايَا فِي الثُّلُثِ عَلَى الصَّحِيحِ (و)، ثُمَّ إِنْ لَمْ يَتَمَّمِ الحَجُّ بِمَا حَصَلَ مِنَ المُضَارَبَةِ كُمِّلَ مِنْ رَأْسِ المَالِ، أَمَّا الحَجَّةُ المَنْذُورَةُ فَفِيهَا وَفِي الصَّدَقَةِ المَنْذُورَةِ وَفِي الكَفَّارَاتِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ: (أَحَدُهَا) أَنَّهَا دُيُونٌ كَالزَّكَوَاتِ (وَالثَّانِي) أَنَّهَا كَالتَّطَوُّعَاتِ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِٱلْتِزَامِهَا، فَإِنْ أَوْصَىٰ

---

(١) في ز: صححنا.

(٢) قال النووي أصحها العود والله أعلم.

اَحْتُسِبَ مِنَ الثُّلُثِ (وَالثَّالِثُ) أَنَّ اَلْتِزَامَهَا كَالوَصِيَّةِ فَيُؤَدَّىٰ مِنَ الثلُثِ وَإِنْ لَمْ يُوصَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الحجُّ ضَرْبَانِ: متطوَّع به، ومفرُوضٌ:

الضرب الأوَّل: المتطوَّع به، وصحة الوصية [به] مبنيةٌ علَىٰ دخول النيابة فيه، وفيه قولانِ مذكُورانِ في «كتاب الحجِّ»، أصحُّهما الجواز، ثم هو محسوبٌ من الثُّلُث[1]؛ كسائر التبرعات، ويُحجُّ عنه من الميقات، إنْ قيد به، ومن بلده، إنْ قيد به، وعند الإطلاق فيه وجهان:

أحدهما: من الميقات؛ حَمْلاً عَلىٰ أقل الدَّرَجَات.

والثاني: مِنْ بَلَدِهِ؛ لأن الغالبَ التجْهِيزُ للحَجِّ، والنهوض له من البلد، وإلى الأول ميل أكثرهم؛ لكن في «عيون المسائل» عن نصِّه: أنه إذا أوصَىٰ أن يحج عنه متطوعاً، فبلغ ثلثه الحج من بلده، أحج عنه من بلده، وإن لم يبلغ أحج عنه من حيث بلغ ثلثه؟ وربَّما حُمِلَ ذلك على ما إذا قيد به، وهل يقدم حجُّ التطوُّع في الثلث على سائر الوصايا [عن القفَّال: أنه على القولين في تقديم العتق على سائر الوصايا][2] لأن الحج قربةٌ كالعتق. قال الشيخ أبو عليٍّ ـ رحمه الله ـ: ولم أرَ هَذَا لأحدٍ من أصحابنا، وجعلوا الوصيَّة به مع سائر الوصَايَا على الخلافِ فيما إذا اجتمع حقُّ اللَّهِ تعالَىٰ وحقوق الآدميين[3]. وإذا لم يف الثلث، أو حصة الحَجِّ منه بالحج، بَطَلَتِ الوصية.

وكذا لو قال: أحجوا عني بمائة من ثلثي، ولم يمكن أن يحج بها، ولو قال: أَحجُوا عني بثُلُثي، صُرِفَ ثلثه إلى ما يُمْكِنُ من حجتين، وثلاث فصاعداً، فإن فَضَلَ مَا

---

(١) هذا متفق عليه لأن ذلك تبرع مضاف إلى ما بعد الموت.
قال في المطلب: ولو كان معضوباً فاستأجر من يحج عنه تطوعاً في مرض موته وصرف فيه مالاً لم يحسب عليه من الثلث كما يصرفه في ملاذه وشهواته.

(٢) قال البكري: قيل فظاهره أن يكون الأصح تقديم الوصية بحج التطوع على الوصية للفقراء أو غيرهم، وفيه وقفة.
قلت: ليس الأمر كذلك وإنما جاء هذا التوهم من اختلال فيما نقله المصنف عن الشيخ أبي علي وإنما حكى الشيخ أبو علي هذا التخريج فيما إذا اجتمع حج التطوع مع الوصية ويخرج من هذا أن حج التطوع وصدقة التطوع سيان، وهي مسألة عزيزة النقل، ولم يصرح بها غير العبادي في الزيادات فقال: الصدقة أفضل من حج التطوع في قول أبي حنيفة، وهذا يحتمل في هذا الزمان انتهى، وقد يفهم أن مذهبنا بخلافه، وحيث قلنا: بتقديم الحج، فشرطه للحاج زيادة على أجرة المثل لم يقدم تلك الزيادة لا سبب التقديم مدة الحج فاجتمعت به، وقيل يقدم لأن مصرفها الحج، واستبعده الإمام قال في الذخائر: وهو ظاهر قول أكثر الأصحاب.

(٣) سقط في: ز.

لا يُمْكِنُ أن يَحُجَّ به، فهو للورثة[١].

ولو قال: أحِجُّوا عني بثلثي، حجةً صُرفَ ثلثه إلَىٰ حجةٍ واحدةٍ، ثم إن كان الثلُث قدْرَ أجرة المثل، أو دُونَها، فسواءٌ رغب وارث، أو أجنبيٌّ، وإنْ كان أكثر من أجرةِ المِثْلِ، لم يستأجِرْ به الأجنبيُّ؛ لأن الزيادةَ محاباةٌ، فلا تجوز للوارث.

الضرب الثاني: المفروضُ، وهو حجَّة الإسلام أو غيرها.

أما حجَّة الإسلامِ، فمن مات، وهي في ذمته، قُضِيَتْ من ماله، وإن لم يوص بها، كالزكوات، وسائرِ الديون، ويجوز أن يُعْلَم بالواو [قوله في الكتاب] «فإنه دين يخرج من رأس المال» بالحاء والميم؛ لما ذكرنا في «باب الحج» أن أبا حنيفة ومالكاً - رحمهما الله تعالى - قالا بأنَّهَا تسقطُ بالموت، ولو أوصَىٰ بحجة الإسلام، نُظِرَ: إن إضافها إلى رأس المال، فهي تأكيدٌ وتذكير منه، وكذلك يفعل، لو لم يوص، وإن أضاف إلى الثلث، قضى منه، كما لو أوصَىٰ بقضاء دينه من ثلثه، وتتضمن هذه الوصية ترفيه الورثة بتوفير الثلثين علَيْهم.

وفي تقديم الحَجِّ علَىٰ سائر الوصايا وجْهَان.

وقال الشيخ أَبو عليٍّ: قولان للشافعيِّ - رضي الله عنه - يجريان فيما لو أوصَىٰ بقضاء دَيْنِهِ من الثلث:

أحدهما: التقدُّم؛ لأنه لو لم يُوص، كان الحجُّ مقدَّماً في جميع المال على الوَصَايَا، وإذا جعَلَهُ في الثلث، تقدَّم فيه على الوصايا.

والثاني: لا يتقدَّم، بل يزاحمهما بالمضاربة؛ لأنه لما علَّقه بالثُلُث الذي هو محلُّ الوصايا، كان سبيلُهُ [سبيلها][٢] وهذا أصحُ عند صاحب الكتاب، ثم إن لم يفِ الثلُثُ بالحَجِّ على الوجه الأول، أو الحاصل من المضاربة علَى الوجْه الثاني، كُمِّلَ من رأس المال، كما لو قال: اقْضُوا دَيْنِي من ثُلُثِي، فلم يف الثلث به، وحينئذ فالمسألة تَدُورُ وسنوضِّح في الفصل مِثَالَ ذلك.

وإنْ أطلق، ولم يضف إلى الثلث، ولا إلَىٰ رأس المال، فالجوابُ علَىٰ الاختصار، أنه يَحَجُّ عنه من رأس المال عَلَى المذْهَب، وقيل من الثلث، وفي «البسيط»

---

(١) سكت في الحالة الأُولى عن الفاضل هل يكون للوارث أو يكمل به نفسه الوصاية وقال في المطلب: لم أر فيه نقلاً.
والظاهر أنه للوارث، وأفهم من كلامه أنه لو أمكن صرف الفاضل إلى العمرة لم يصرف وبه صرح الماوردي لأنه أوصى بالحج لا بالعمرة.

(٢) سقط في: ب، ز.

أن المُزَنِيَّ قال في «المختصر»: ولو أوصَىٰ أن يُحَجَّ عنه، ولم يَحُجَّ حجة الإسلام، فإن بلغ ثلث حجةً من بلدة، أُحِجَّ عنه من بلده، وإن لم يبلغْ أُحِجَّ عنه من حيثُ بلغ، وظاهره يقتضي أن يُحَجَّ عنه من ثلثه، فعن أبي الطيِّب بن سلمة، وأبي حفص بن الوكيل في آخرين: أنهم أثبتوه قَوْلاً، وقالوا: لما أوصَىٰ به، أخرجهُ مُخْرَجَ الوصايا، فجعله من الثلث، كما لو صرح به. والجمهور منَعُوا منه، وقطَعُوا بأنه من رأس المال، كما لو لم يوص، وقالوا: ليس في هذه الوصيَّة إلاَّ تذْكِيرُ الورثة، ثم هؤلاء فريقَانِ:

فريق خَطَّؤوهُ في النقل، وقالوا: الصوابُ نقْلُ الربيع، وهو ما نسبناه إلَىٰ «عيون المسائل» وذلك في تطوُّع الحج وآخرون أَوَّلُوا، فعَنِ أبْنِ سُرَيْج حمْلُ ما نقله المُزَنِيُّ علَىٰ ما إذا كانَتْ عليه حَجَّةُ الإسلام، وأوصَىٰ بحجة أخرَىٰ تَطَوُّعاً، ومنهم مَنْ حمله علَىٰ ما إذا قال: أَحِجُّوا من ثلثي، ولو قرن بالوصية بالحج ما هو من الثلث، كما لو قال: أحِجُّوا عني أو أعتقوا، أو تصدَّقُوا، ولم يتعرَّض للثلث، ولا لرَأْسِ المال، فمن جعل الحجَّ من الثلث عند تجرُّد الوصية عن القرينة، فها هنا أَوْلَىٰ، وأما غيرهم، فعن ابن أبي هريرة: أنه من الثلث بالقرينة المضمومة إليه، واستمر عامتهم علَىٰ جوابهم؛ لأن المقترنين لفظاً قَدْ يختلفان حكماً، ورأى الإمام تخْصِيصَ هذا الترتيب، بما إذا قال: أوصيتُ إليكم لتُحِجُّوا عني، وتُعْتِقُوا، فإن لم يجر لفظ الوصية، وقال: أَحِجُّوا وأعتقوا، قال: هو كما لو تجرَّد ذكر الحَجِّ، والأشهر ألا فرق ثم مهما[1] جعلنا الحج من رأس المال، فيُحَجُّ عنه من الميقات؛ لأنه لو كان حيّاً، لم يلزمه إلاَّ ذلك، حتى لو كان في سَفَرِ تجارةٍ، ثَم بَدا له الحجُّ حتى انتَهَىٰ إلى الميقات، جاز.

وإنْ جعلناه من الثلث، إما لتصريحِهِ بالإضافة إلَى الثلث، أو في صورة الإِطْلاَق، فوجهان كما في حَجِّ التطوُّع:

أحدهما: وبه قال أبو إسحاق: يُحَجُّ عنه من بلده؛ لأنَّ الأصل وجوبُ الإحرام منه، قال اللَّه تعالَىٰ: **﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة ـ ١٩٦]** وعن عمر وعلِيٍّ ـ رضي الله عنهما ـ أن إتمامها أن تحرم بهما من دُوَيْرَةِ أهلك[2]، لكن رخِّص في ترك الإحرام إلى الميقات، فيقي السعْيُ من البلد واجباً، وعلى هذا قال أبو إسحاق: إنْ أوصىٰ بالحَجِّ من الثلث، فجميعه من الثلث، وإن أطلق، فوجهان، فإن جعلناه من الثلث، فالذي هو من الثُّلُثِ مؤنةُ ما بَيْنَ البلد إلى الميقات، فهو من رأس المال.

وأظهرهما: أنه يُحَجُّ عنه من [الميقات لأنه الذي أستقرّ وجوبه في الشَّرْعِ، وعلى

---

(١) في ز: بينهما.
(٢) تقدم.

هذا، فلو أَوْصَىٰ بأن يحجّ عنه من بلده][1]، فلم يبلغ ثلثه حَجَّةً من بلده، حُجُّ عنه من حيث أمكن، وإن لم يبلغ الحجُّ من الميقات، تُمِّمَ من رأس المال ما يتم به الحج من الميقات، هذا في حجة الإِسلام.

وأما الحجة المنذورةُ: ففيها وجهان متأيّدَانِ بتردُّدِ قولٍ محكِيَ في «الأمِ».

أظهرهما: أنها كحَجَّة الإسلام، والزكوات، والدّيون؛ لوجوبها.

والثاني: أنها كالتطَوُّعات؛ لأنها لا تلْزَمُ ابتداءً، وإنما تتعلّق بالتزامه، فعلَىٰ هذا؛ إن لم يوص بها، لم تقض، وإن أوصَىٰ، كانت من الثلث[2]، وعلى الأول؛ إن أوصَىٰ بها، فكما أوصَىٰ بحجة الإسلام؛ فيُنْظَر في إطلاق الوصية وتقييدها، وإن لم يوصِ بها، فتقضي من رأس المال أو الثُلُث فيه؟ وجهان:

أصحهما: من رأس المال؛ لوجُوبِها.

والثاني: من الثلث؛ لأنه بالنَّذْر متبرّع، فجعل نذره كالوصيَّة، ولأنها لو قُضِيَتْ من رأس المال، لم يؤمَنْ أن تَسْتَغْرِقَ بالنَّذْر أمواله، ويخرج من ذلك ثلاثةُ أوجُهٍ كما في الكتاب، ويجّرِي الخلاف في الصدقة المنذورَةِ والكَفَّارات[3].

فَرْعٌ: أوصَىٰ بأن يُحَجَّ عنه حجَّة الإسلام من الثلث، وأوصَىٰ لإنسانٍ بمائةٍ، وجملةُ التركةِ ثلاثمائة، وأجرةُ الحَجِّ مائةٌ، فإن قدمنا الحج علَىٰ سائر الوصايا، صُرِفَ الثلث إلَىٰ الحَجِّ، وإن لم يُقدَّم، ووزعنا الثلث، دارت المسألة؛ لأن حصَّةَ الحجِّ تكَمَّلُ من رأس المال، وإذا أخذنا شَيْئاً من رأس المال، نَقَصَ الثلث، وإذا نقص الثلث، نقَصَتْ حصة[4] الحج، فلا تعرف حصة الحج مَا لَمْ يُعْرَفِ الثلث، ولا يُعْرَفِ الثلثُ،

---

(١) سقط في ز، أ.

(٢) فيه أمور.

أحدها: هذا الخلاف إذا كان لالتزام في الصحة، فإن كان في المرض فهي من الثلث قطعاً، صرح به الفوراني في كتاب الحج. قال في الكفاية: وهو ظاهر، نقله في البحر عن بعض أصحابنا بخراسان وأقره.

الثاني: ما ذكره في تحصيل الخلاف نازعه في المطلب، لأن لكلامه تصريح بأنا نخرج ذلك من الثلث مع قولنا إنه كواجب الشرع، وأنه الوجه الثالث وإذا تأملت الوجه الثالث وجدته مفرعاً على قولنا إنه محايد الشرع وبينهما فرق.

الثالث: أنا إذا فرعنا على أنها كالتطوع ولم يوص بها لا تقضي قطعاً، وليس كذلك بل فيه وجه أنها تقضي من الثلث، وإن لم يوص بها لأنذره لذلك يغن عن الوصية بخلاف التطوع. حكاه صاحب الذخائر وهو متجه.

(٣) وهذا الخلاف فيما إذا صدر النذر قبل المرض، فإن صدر في المرض اعتبر من الثلث قطعاً.

(٤) وهذا حكاه الإمام عن الأصحاب.

ما لم يُعْرَفِ المأخوذ من رأس المال، ولا يُعْرَفُ ذلك حتَّى تُعْرَفَ حصَّةُ الحج، فالطريقُ أن تأخذَ من التركة شيئاً لإكْمَالِ حصَّة الحجِّ، يبقى ثلاثمائة إلا شيئاً، يفرز ثلثه، وهو مائةٌ إلاَّ ثُلُث شيء، يُقَسَّمُ بين الحجِّ والموصَىٰ له نصْفَيْنِ، فنصيبُ الحجِّ خمسون، إلاَّ سدس شيء، فيُضَمُّ الشيءُ المُفرز إليه، يبلغ خمسين وخمسة أسداس شيء تعدل مائة، وذلك تمام الأجرةِ فيسقط الخَمْسِينَ بخَمْسِينَ، يبقَىٰ خمسة أسداس شيء في مقابلة خمسين، وإذا كانت خمسة أسداس الشيء خمسين، كان الشيء ستين فعَرَفْنَا أن ما قرَّزناه سِتُّونَ، فنأخذ ثلث الباقِي وبعد الستين، وهو ثمانُونَ، ونقسِّمه بَيْن الوصِيَّتَيْنِ، يخص كل واحدة أرْبَعُون والأربعون مع الستين تمام أجرة الحَجِّ.

فَرْعٌ: أوصَىٰ بِأَنْ يُحَجَّ عنه تطوُّعاً، أو حجة الإِسلام مِنْ ثلثه بمائة، وأوصَىٰ بما يبقى من ثلثه بعد المائة، لإنسان، وثلث ماله لآخر، ولم تُجز الورثة ما زادَ عَلَى الثُّلُثِ، فيقسَّم الثلث بين الموصَىٰ له بالثلث، وبين الوصيَّتَيْنِ، الأُخْرَيَيْنِ نصْفَيْنِ؛ لأن الوصية له بمثْلِ الوصيتَيْن الأخريين، فإذا كان ثلث المال ثلاثمائة، كان للموصَىٰ له بالثلث مائة، وخمسون، والباقي بين الحجِّ والموصَىٰ له بالباقي، وفي كيفية القِسْمَة بينهما وجْهَان:

أحدهما: ويُحْكَىٰ عن ابن خَيْرانَ: أنه يُصْرَفُ خمْسُون إِلَى الحجِّ، ومائةٌ إلى الموصَىٰ له بالباقي؛ رعايةً للنسبة بين الوصيَتيْن على تقدير الإجازة، وأيضاً فإن الموصى له بالباقي، يقول للحاج أوصَىٰ لي بالثُّلُث ولك أثلاثاً، ثم دخل علينا الموصَىٰ له بالثلث، فليس لك أن تُدْخِلَ عَلَيَّ ضرراً بدُخُوله علَيْنا.

وأصحُّهما: أنه يصرف مائة إلى الحَجِّ، وخمسُون إلى الموصَىٰ له بالباقي؛ لأنه لم يوص إلاَّ بما يزيدُ على مَائَةِ الحجِّ.

ولو كان الثلثُ مائتين، فللموصى له بالثلثُ مائة، ويدخل الموصَىٰ له بالباقي في الحساب، ويعدُّ على الموصى له بالثلث، ثم المائةُ الثانيةُ تُصْرَفُ إلى الحَجِّ في أصحِّ الوجهَيْنِ، ولا شيْءَ للموصَىٰ بالباقي، ونظيره المعادة في الفرائِضِ، وفي الوجْهِ الثاني المائة، الثانية، بين الحجِّ والموصَىٰ له بالباقي في الحساب بالسويَّة.

ولو كان الثلثُ مائةً؛ فيقسم بين الحج والموصَىٰ له بالثلثِ نِصْفَيْنِ، ولا يدْخُلُ الموصَىٰ له بالباقي في الحساب؛ لأنَّ الثلث غَيْر زائدٍ علَىٰ ما عيَّنه للحجِّ؛ ولا شيء للموصى له بالباقي، وإن لم تُوجَدِ الوصية الثالثَة، بخلاف ما، إذا كان الثُّلُث فوق المائة.

ولو كانَتِ الوصايا بحَالِها؛ لكنه أوصَىٰ أولاً بالثلث لإنسان، ثم أوصىٰ بالحجِّ بمائة، ثم، لآخرَ بما يبقى من الثلث بعد المائة، فعن أبي إسحاق أن الوصيَّة بالباقِي من الثُّلُث بعد المائة باطلةٌ؛ لأن الوصيَّةَ الأولَىٰ قد استغرقَتِ الثُّلُث.

وقال ٱبْنُ أبي هريرة وعامَّة الأصحاب ـ رحمهم الله تعالى ـ: لا فرق بين التقديم والتأخير، والوصيَّة بالمائة، وبما يبقَىٰ من الثلث بَعْد المائة، وصيَّة بثلث آخر، وهذا الشخْصُ قد أوصَىٰ بالثلثين، ولولاَ ذلك، لحَكَمْنا فيما إذا أوصَىٰ لزَيْدٍ بالثلث، ثم لعَمْرٍو بالثلث ببطلان الوصية الثانية، ولما وزَّعنا الثلُثَ عليهما.

وهذا كلُّه جوابٌ على أن الحجَّ لا يُقَدَّمُ في الثلث علَىٰ سائر الوصايا، وإنَّما قدَّمنا مائةَ الحَجِّ علَىٰ وصيَّةَ الموصَىٰ له بالباقي؛ لأنَّ موصى قدَّمها لفظاً.

فأما إذا قدَّمنا الحجَّ على سائر الوصايا، فإن كان الثلث ثلاثمائة، والمائةُ المقررةُ للحَجِّ أجرةَ مثْلِ الحج، فتؤخَذُ المائة من رأس الثلث؛ وكيف يُقَسَّمُ الباقي بين الموصَىٰ له بالباقي، والموصَىٰ له بثلث جميع المال.

قال ابن الحدَّاد: يُجْعَلُ بينهما نصفَيْن؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما، لو ٱنفرَدَ مع الحج لأخَذَ ما زاد على المائة، وغلَّطه عامَّةُ الأصحاب، وقالوا: يُقسَّم الباقي بينهما على قدْرِ وصيتهما، والوصية للموصىٰ له بالباقي بما تبيَّن، وللموصَىٰ له بالثلث بثلاثمائة، فيُقَسَّم الباقِي بينهما على خَمْسَة أسْهُم؛ للموصَىٰ له بالباقي ثمانُون لسهمَيْن، وللآخر مائةٌ وعشْرُون بثلاثةَ أسْهُم، وإن كانَ أجر مثل الحجِّ خمسين، والصورة بحالها، أُخِذَ من الثُّلُث خمسون أولاً، ثم قال ابن الحدَّاد: ويُجْعَلُ الباقِي بين الموصَىٰ له بالثلث، وبين الحجِّ والوصية الأخْرَىٰ نصفين؛ للموصَىٰ له بالثلث مائة وخمسة وعشرون، ويُصْرَف من الباقي خمْسُون إلى الحجِّ بالوصية، والباقي للموصَىٰ له الآخر.

وقال الآخَرُونَ: بل يُقَسَّمُ الباقي بعد أجرة مثل الحجِّ علَىٰ أحدَ عَشَرَ سهماً؛ لأن الوصية في هذه الصورة للموصَىٰ له بالثلث بثلاثمائة والحج، وللموصى له الآخر بمائتين وخمسين، والنسبةُ بينهما ما ذكرنا، فللموصَىٰ له بالثُّلُث ما يخص ستة، والباقي يقدم الحاجّ منه بخمسين؛ لأنَّ حقَّ الموصَىٰ له الآخر مؤخَّر عن مائة الحج، والباقي له.

ولو كان الثُّلُثُ مائتين، فإن كان أجرة مثل الحجِّ مائةً، أُخِذَ من رأس المال، ثم علَىٰ قول ابن الحدَّادِ يُجْعَلُ الباقِي بينهما نصفين، وعلى الصَّحِيح يُجْعَلُ بينهما علَىٰ ثلاثة أسهُم؛ لأن الوصية لهذا بمائة، ولهذا بمائتين. ولو كان أجرة مثله خمسين، فيُؤْخَذُ خمْسُون أولاً، والباقي علَىٰ قول ابن الحدَّادِ بين الموصَىٰ له بالثلث، وبين الوصيتين الآخرين بالسَّوِيَّة، ثم يقدم الحاجُّ بخمسين من حصتهما.

وعلى الصحيح: يُجْعَلُ المالُ بعد الخمسين علَىٰ سبعة أسهم؛ لأنه أوصَىٰ لأحدهما بمائتين، وللحجِّ، وللآخر بمائةٍ وخمسينَ، فللموصَىٰ له بالثلث ما يخصُّ أربعة، والباقي يُؤخَذُ منه خمسُون للحجِّ، والباقي للموصَىٰ له الآخر.

ولو كان الثلثُ مائةً، فإن كان أجرة مثل الحجِّ مائةً، فلا شيء للموصَىٰ لهما وإن كان أجرة مثله خمسين، أُخِذَ للحجِّ خمسون، ثم علَىٰ ما ذكر ابن الحدَّاد؛ الباقي بين الحجِّ والموصَىٰ له بالسويَّة، وعلَىٰ الصَّحيح الباقي بين الحجِّ والموصى له بالثلث على ثلاثة؛ للحجِّ واحدٌ؛ لأن الوصيَّة في هذه الصورة للحجِّ بخمسين، وله بمائةٍ، وإذا لم تَفِ حصَّةُ الحجِّ في هذه الصورة بالحَجِّ، فإن كانت الوصية بَحَجِّ التطوع، بَطَلت، وإن كانَتْ بحَجَّة الإسلام، كمَّلنا من رأس المال، وقد بيَّنَّا طرِيقَهُ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: ثُمَّ الكَفَّارَةُ مَهمَا أَخرَجَهَا الوَارِثُ مِنْ مَالِ نَفسِهِ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ تَرِكَةٌ وَقَعَتْ عَنْهُ تَشْبِيهاً بِقَضَاءِ الدَّيْنِ، وَيَسْتَوِي فِيهِ العِتْقُ وَالإِطْعَامُ، وَأَمَّا الأَجْنَبِيُّ إِذَا تَبرَّعَ بِهِ فَفِي نُفُوذِهِ عَنْهُ وَجْهَان، وَلاَ يَجُوزُ التَّبَرُّعُ بِالعِتْقِ الَّذِي لَيسَ بِلاَزِمٍ عَلَى المَيِّتِ لِلوَارِثِ وَلِغَيْرِهِ، وَلَوْ أَوْصَىٰ بِالعِتْقِ فِي كَفَّارَةٍ مُخَيَّرَةٍ وَالثُّلُثُ لاَ يَفِي بِهِ فَهُوَ كَالتَّبَرُّعِ، وَإِنْ كَانَ إِحْدَىٰ خِصَالِ الوَاجِبِ، أَمَّا الدُّعَاءِ للمَيِّتِ يَنْفَعُهُ بِدَلِيلِ الخَبَرِ، وَكَذَا الصَّدَقَةُ، وَأَمَّا الصَّلاَةَ عَنْهُ قَضَاءِ لِمَا فَاتَهُ فَلاَ تَنفَعُهُ (و)، وَالصَّوْمُ أَيْضاً لاَ يَقَعُ عَنْهُ عَلَى القَوْلِ الجَدِيدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: جرت العادَةُ بذكْرِ ما يقع عن الميِّت بفعل الغَيْر في هذا المَوْضِع لمناسبة الحَجِّ عنه؛ إما بالوصية، أو دونها؛ فالحجُّ يؤدَّى عنه، إن كان فَرْضاً، ثم إن عَيَّن شَخْصاً، أو أوصَىٰ إليه فيه، فعله عنه وارثاً كان، أو أجنبياً، ولو قال: أَحِجُّوا عني، ولم يُعَيِّن، فللوارثِ أن يَحُجَّ عنه بنفسه، وله أن يأمر أجنبيّاً بذلك، وإن لم يُوص به أصلاً، فللوارثِ أن يَحُجَّ عنه، وكذا للأجنبي، إن أذن الوارث، ودون إِذْنه، وجهان:

أظهرهما: الجوازُ، كما لو كان عليه دَيْنٌ، فقضاه عنه.

والثاني: المنْعُ؛ لأن الحجَّ عبادة تفتقر إِلَىٰ النية، ولا تصحُّ النية إلاَّ باستنابته أو باستنابة نائبة، وأما حجُّ التطوُّع، ففي جريان النيابَةِ فيه خلاف، قد سَبَق، فإن أجريناهما، ففي «أمالي» السرخسيِّ، أن للوارث أن يُنِيبَ فيه، وأنه إذا أوصَى الميت إِلَىٰ معيَّن، فعل، ولو استقل به أجنبيٌّ، فوجهان:

أصحهما: المنع وفي هذا الإِيراد تجويز الإنابة للوارث، وتجويز، فِعْله بنفسه، وإن لم يوص [الميت به، لكن العِرَاقيُّون، أطلقوا أنه إن لم يوص بحجِّ التطوّع][1]، لم يحج عنه، والزكاة المؤداة عنه، كالحجِّ الواجب حتى يجوز للأجنبيِّ أن يؤدِّي عنه زكاة المال؛ وزكاةَ الفِطْر علَى الأظهر، وقد حكاه الرُّويانيُّ في «التجربة» عن النص.

---

(١) سقط في: ز، أ.

وأما الكفَّارةُ، فإن كانت مرَّتبةً، فللوارث أنْ يؤدي الواجِبَ المالِيَّ من التركة، ويحصل الولاء للميِّت إذا أعتق، وإن كانت مخيَّرة، فله أن يطعم، ويكْسُو، وفي الإعتاق وجهان:

أحدهما: المنعُ؛ لأنه لا ضرورةَ إِلَيْه.

وأصحهما: الجوازُ، والوارثُ نائبه شَرْعاً، فإعتاقه كإعْتاقه، ولو أدَّى الوارثُ من مال نَفْسه، ولا تركه، فالظاهر الجوازُ، وفيه وجهان. آخران:

أحدهما: المنعُ؛ لبعد العبادَاتِ عن النيابة، وإنَّما جوَّزنا هناك؛ لِمَكانِ التركة.

والثاني: تخصيصُ المنع بالإعتاق؛ لبُعْدِ إثبات الوَلاَءِ للمَيِّت، وإذا قُلْنا: بالجواز، فلو تبرع الأجنبيُّ بالطعام، أو الكسوة، وأدَّى عنه؛ فوجهان:

أحدهما: أنه لا يقع عنه؛ لأنه عبادةٌ، فلا بد من نيته أو نية وارثه، ؛ بخلاف ما لو قَضَىٰ دينه.

وأشبههما: الجوازُ، كما في قضاء الدُّيون؛ ووجَّهه الإمام بأنه، لو ٱشترط الوراثةَ لاَعْتبرَ صدوره من جميع الورثة، كالإقرار بالنَّسب، ولا يُعْتَبَر، بل يستبدُّ به كلُّ واحد من الوَرَثةِ، ولو تبرَّع بالعتق؛ فمنهم مَنْ جَعَله على الوجْهَيْن، وهو قضيَّة إطْلاق الكتاب ها هنا، وقَطَع قاطِعُون بالمنع[1]، وهو الذي أورده صاحِبُ الكتاب في «باب كفارة اليمين». فقال هناك: والأجنبيُّ لا يُعْتَقُ عنه متبوعاً»؛ لاجتماع عدم النيابة وبُعْدِ إثبات الولاءِ للمَيِّتِ، وإذا لم يكُنْ على الميت: عتْقٌ أصلاً، فأعتق عنه معتِقٌ؛ لم يُجْز، وارثاً كان أو أجنبيّاً؛ على قياس العبادات، ويختصُّ منها بما ذكَرْنَا من معنى الوَلاَءِ، بل يكون العتْقُ والولاءُ للمُعْتِق.

ولو أوصَىٰ بالعتق في الكفارة المُخَيَّرة، وزادَتْ قيمة الرقبة عَلَىٰ قيمة الطعام والكسوة؛ ففيه وجه: أن الوصية تعتبرُ من رأس المَال؛ لأنه أداءُ واجب، والأصحُّ اعتباره من الثلث؛ لأنه غير متحتم عليه، وتحصل براءةُ الذمَّة بما دُونَه، وعلَىٰ هذا، فوجهان، قال في «التهذيب»: قولان:

أحدهما: أنه تُعْتَبَرُ جميع قيمته من الثلث، وإن لم يَفِ الثلثُ به، عُدِلَ إلى الإطعام.

---

(١) لم يرجح شيئاً من الطريقين. قال في الخادم: وعبارة الرافعي تقتضي ترجيح طريقة القطع فإنه قال منهم من جعله على الوجهين وقطع قاطعون بالمنع. قال ـ أعني الزركشي ـ وهو قضية كلام القاضي أبي الطيب وابن الصباغ في باب كفارة الظهار ورجح في المنهاج رجح طريقة الوجهين. انتهى ما أردته منه. ومحل الخلاف في الكفارة المخيرة. أما الكفارة المرتبة فصححنا هناك صحته من الأجنبي بناء على إحدى العلتين في المخيرة وهي سهولة التكفير بغير الإعتاق.

وأقْيَسُهُمَا: أن المعتبَرَ من الثُّلُثُ ما بين القيمتَيْنِ من التفاوت؛ لأن أقلَّ القيمتين لازمٌ لا محالة، ويجري الخلافُ فيما إذا أوصَىٰ بأن يكسو عنه، والكسوة أكبرُ قيمة من الطعام، والمسألةُ معادة في «كتاب الأيمان».

وسنذكُرُ هناك ما يزيدُ به هذا الخلاف وضوحاً ـ إن شاء الله تعالى ـ ولو أعتقَ في مَرَضِ الموتِ مَنْ عليه كفارةٌ مخيَّرة، فقد أطلق في «التتمة» أنه لا يُعْتَبَرُ قيمة العَبْد من الثلث؛ لأنه مؤدٌّ فرضاً؛ وهذا كأنه جوابٌ علَى الوَجْه الذي قُلْنا: إنه لو أوصَىٰ به، اعتبر من رأس المال.

وقوله في الكتاب فيما إذا أخْرَجَ الوارثُ الكفَّارةَ من مال نفسِه «وقعت عنه» مُعْلَمٌ بالواو؛ لما مر، وقوله: «ويستَوِي فيه العتْقُ والإطْعَام» كذلك؛ للوجه الفارق بينهما، وقوله: «ولم يَكُنْ له تركةٌ» تَدْعُو إلى البَحْث عما إذا كانَتْ له تركةٌ، ويشبه أن يُقَالَ: الوارثُ حينئذٍ كالأجْنَبِيِّ، وقوله: «تشبيهاً بقضاء الديون»، ويؤيد ترجيح الوَجْه الذاهِب إلَىٰ أنه يجوزُ للأجنبيِّ الإخراجُ؛ لأنه لا فَرْقَ في قضاء الدَّين بَيْن الوارِثِ والأجنبيِّ.

وأما الدعاءُ للمَيِّت، فإنه ينفعه، قالَ اللَّه تعالَىٰ: ﴿**وَالَّذِينَ جَاؤُوا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ**﴾ [الحشر ـ ١٠] أثْنَىٰ عليهم بالدُّعَاء للسابِقِينَ، وعن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن النَّبيَّ ﷺ قال: «إِذَا مَاتَ ٱبْنُ آدَمَ، ٱنْقَطَعَ عَمَلُهُ إلاَّ مِنْ ثَلاَثٍ؛ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أو عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُوا لَهُ»[(١)]؛ والصدقةُ عنه تنفعه أيضاً؛ لما رُوِيَ أن رجُلاً قال للنبيِّ ﷺ: «إِنَّ أَبِي مَاتَ وَتَرَكَ مَالاً، ولمْ يُوصِ، فَهَلْ يُكَفِّرُ عَنْهُ أَنْ أَتَصَدَّقَ عَنْهُ؟ قَالَ: نَعَمْ»[(٢)] يستوي في الصدقة والدعاء الوارثُ والأجنبيِّ، قال الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ: «في وُسْعِ اللَّهُ تَعالَىٰ أن يُثِبَ المُتَصَدِّقَ أيْضاً».

وعلَىٰ هذا قال الأصحابُ: يُسْتَحَبُّ أنْ ينوِيَ المتصدِّقُ الصدقَةَ عن أَبَوَيْهِ، فَإن اللَّهَ تعالَىٰ «ينيلهما الثواب ولا ينقص عن أجره شيئاً»[(٣)] وذكر صاحب «العُدة»؛ أنه لو

---

(١) رواه مسلم، وقد مضى في كتاب الوقف.

(٢) رواه النسائي بسند صحيح من حديث أبي هريرة، وهو في مسلم بدون قوله: وترك مالاً.

(٣) قال الشيخ عز الدين بن عبد السلام: ظاهر السنة وقوع الصدقة عن الميت بخلاف الدعاء فإنه شفاعة أجرها للشافع ومقصودها المشفوع منه. وقال ابن أبي الدم في باب الإحصار: إذا كانت الصدقة تقع عن الميت بلا خلاف فلا يخلو إما أن يقع في يد الفقير عن ملك الميت أو عن ملك المتصدق فإن وقعت عن ملك المتصدق فكيف يثاب الميت على صدقة غيره بمال وفعل غيره وأن ليس للإنسان إلا ما سعى، وإن وقعت عن ملك الميت، فالميت لم يملك هذا المال في حياته، وليس أهلاً للتمليك بعد موته إلا بسبب تقدم في حياته كنصب شبكة نصبها ثم مات فوقع=

أنبط عيناً، أو حَفَر نَهراً، أو غرس شَجَرة، أو وَقَف مُصْحَفاً في حال حياته، أو فَعَل غيره عَنْهُ بعْد موته، يُلْحَقُ الثواب بالميِّت.

واعلم أنَّ هذه الأمُورَ إذا صَدَرَتْ من الحيِّ، فهي صدقاتٌ جاريةٌ يلحقه ثوابُهَا، بعد الموت، كما ورَدَ في الخَبَرِ.

وإذا فعَلَ غيره عنه بعْد موته، فقد تصدَّق عنه، والصدقة عن الميت تنفعه، ولا ينبغي أنْ يخصَّص الحكم بوَقْف المُصْحَف، بل يُلْحَقُ به كلّ وقف، وهذا القياسُ يقتضي جوازَ التَّضْحِيَة عن الميت؛ فإنها ضربٌ من الصدقة، وقد رأيت أبا الحَسَنِ العبَّاديَّ أطلَقَ القَوْلَ بجَوَازِ التضحيَةِ عن الغَيْرِ. ورَوَىٰ فيه حديثاً[1]، لكن في «التهذيب»: أنه لا تجوزُ التضحيَةُ عن الغَيْر بغَيْر إذْنه، وكذلك عن الميِّت إلا أن يكُونَ قد أوصَىٰ به، واللّٰه أعلم.

وما عَدَا هذه القُرَب تَنْقَسِمُ إلَىٰ صوم وغيره:

أما الصومُ، فلا يتطوع به عن الميِّت.

وفي قضاء فَائِتَةٍ عنه قولان، سبق ذكْرُهُما في «كتاب الصوم».

الجديد: المنع، والقديم أن لوليه أن يصومَ عَنْه؛ وعلَىٰ هذا فلو أوصَىٰ إلى أجنبي ليصومَ، كان بمثابة الولي ولو مرض بحَيْث لا يُرْجَىٰ برؤه، ففي الصوم عنه وجهان، تشبيهاً بالحج.

= فيها صيد فلم يوجد ناقل الملك إليه ولأن وجد منه سبب نقله إليه في حياته فلم يبق إلا أن يقال إذا كان الإجماع منعقداً على وقوع الصدقة عن الميت تعين أن يقدر حصول الملك له قبيل الصدقة لترتب على هذا النقل حصول الصدقة عنه أو يقال بقدر حصول الملك له قبيل موته وهو بعيد وكل هذا مشكل انتهى.

وليس المراد ما قال، بل المراد أن ثواب الصدقة يحصل للميت بقصد المتصدق ذلك، ومن هذا قال القاضي عياض: يكون انتفاع المتصدق عنه، وإن لم يكن له فيه نية أن المتصدق وهب أجرة منه، ولا امتناع فيما قاله أن يتفضل إلا سبحانه وتعالى عند هبة الحي ثواب عمله للميت يجعل ثواب ذلك ثواب للميت.

(١) قال الحافظ في التلخيص كأنه يريد ما رواه أبو داود. والترمذي والحاكم، من حديث علي: أنه كان يضحي بكبش عن النبي ﷺ، وبكبش عن نفسه ـ الحديث ـ وفيه: أنه أمرني أن أضحي عنه أبداً، صححه الحاكم، وقال في علوم الحديث: تفرد به أهل الكوفة، وفي إسناده حنش بن ربيعة، وهو غير حنش بن الحارث وهو مختلف فيه، وكذا شريك القاضي النخعي، وقال ابن القطان: شيخه فيه أبو الحسناء لا يعرف حاله، قلت: وفي الباب حديث آخر عن أبي رافع: أن النبي ﷺ ضحى بكبش عنه، وبكبش عن أمته، أخرجه البزار وغيره.

وأما غير الصوْمِ؛ كالصلاة عنه قضاء، أو غير قضاء، وقراءة القرآن عنه: فلا تنفعه، واستثنى صاحب «التلْخِيص» عن الصلاة ركعتَي الطواف، وقال: يأتي بهما الأجيرُ عن المحجوج عنه، ووافَقَهُ بعْضُ الأصحاب، وقالوا: [إنَّه] يقع عنه تبعاً للطَّواف، ومنهم من قال: هِيَ عنِ الأجير وَتَبْرَأُ ذمَّةُ المحجوج عنه بما يفعل، كما لو ارتكَبَ محظوراً، ولزمه الدَّمُ، أو الصَّوْم.

والظاهرُ الأوَّلُ، ويمكن أن يُعْلَمَ قوله: «وأما الصلاةُ عنه قضاءً لما فاته لا تنفعه» بالواو لتخريج من الصوم أشرنا إليه، وقد ذكرناه في «باب الصوم».

والذي يعتاد من قراءة القرآنِ عَلَىٰ رأس القُبُور قد ذكرنا في «باب الإجارة» طريقين في عَوْدِ فائدتها إِلَىٰ المَيِّت، وعن القاضي أبي الطيِّب طريقٌ ثالثٌ، وهو أن الميت كالحَيِّ الحاضِرِ، فترجى له الرحمةُ ووصُولُ البركة إليه، إذا أَهْدَى الثوابَ إلى القارىء.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الثَّالِثَةُ إذا مُلِكَ قَرِيبُهُ فِي مَرَضِ المَوْتِ بِالإِرْثِ عَتَقَ (و) مِنْ رَأْسِ المَالِ، وَإِنْ مُلِكَ بالشِّراءِ عَتَقَ مِنَ الثُّلُث، فَمَا زَادَ لَمْ يُعْتَقْ، وَإِنْ مَلِكَ بِقَبُولِ وَصِيَّةٍ أَوْ هِبَةٍ فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَقَدْرُ المُحَابَاةِ مِنَ المَبِيعِ كَالمَوْهُوبِ، ثُمَّ إِذَا عَتَقَ مِنَ الثُّلُثِ لَمْ يَرِثْ (ح و م) إِذْ يَنْقَلِبُ العِتْقُ تَبَرُّعاً عَلَىٰ وَارِثٍ فَيَمْتَنِعُ، وَإِنْ عَتَقَ مِنْ رَأْسِ المَالِ وَرِثَ (و) لِأَنَّهُ وَقَعَ مُسْتَحَقّاً شَرْعاً.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ضمن هذا الفصل فروعاً متفرِّقة:

أحدهما: إذا مَلَكَ في مرض موته مَنْ يُعْتَقُ عَلَيْهِ، نُظِر: إن ملكه بالإرث، فوجهان في أنَّه يعتق من الثلث أو من رأس المال:

أحدها: من الثُّلُثِ؛ لأنه حَصَل في مِلْكِهِ، ثم زال، فأشبه ما إذا أَعْتَقَ عَبْداً وَرِثَهُ في مَرَضِهِ، وما إذا وَرِثَ مالاً، فاشْتَرَىٰ به مَنْ يُعْتَقُ عليه.

والثاني، ويحكَىٰ عن مالك ـ رحمه الله ـ: أنَّه يُعْتَقُ من رأس المال؛ لأنه لم يقْصِدْ تملُّكاً ولا إِزَالَةَ مِلْكٍ، بل حصل بغير اختياره، وأيضاً لم يبذُلْ في مقابلته مالاً فيتضرر به الورثة، وبهذا الوجه أجابَ صاحِبُ الكتاب ها هنا، ونقل الوجهَيْنِ في كتاب «العِتْقِ» وما الأصحُّ منهما؟ قال في «التَّهْذِيب»: الأول أَصَحُّ وذكر المتولِّي أنه ظاهرُ النَّصِّ وأن الثانِيَ مِنْ تخريج ابْنِ سُرَيْجٍ، لكن الأَشبه تَرْجِيحُ الثاني علَىٰ ما أجاب به في الكِتَابِ؛ لأن في كَلام الشيخ أَبِي عليٍّ وغيره ما يقتَضِي الجَزْمَ به ورفع الخلاف، وأيضاً فلم يُورِدِ الأُستاذ أبو منصور غيره.

ولو وهب منهُ مَنْ يعتق عليه، أَو أَوصَىٰ له به، فإن قلْنا: إنه لَوْ وَرِثَه، لَعَتَقَ من

الثلث، فها هنا أولَىٰ وإنْ قلْنا يعتق من رأس المال هناك، فها هُنَا وجهان:

أَحدهما، وبه قال أَبو حنيفة: أنه يعتق من الثلث، كما لو وهَب منه مَنْ لا يُعْتَقُ عليه، فقَبِلَهُ وأعتقه، ويُجْعَلُ قصْدُه إِلَىٰ تملُّك من يعتق علَيْه، كابتداء العِتْق في المرض.

وأظهرهما: وبه قال ابن الحدَّاد والأستاذ أبو منصور: أنه يُعْتَقُ من رأسِ المال؛ لأنَّه لم يبذل في مقابلته مالاً، والزوالُ حصَلَ بغير اختياره، فإنْ قُلْنا: يُعْتَقُ من رأس المال، عَتَقَ، وإِنْ لم يكُنْ له مالٌ سواه، وكذا لو كان عليه دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ، وكذا المفْلِسُ المحجُور علَيْه، إذا قَبل، ولا سبيل للغرماء علَيْهِ][1] وإنْ قلنا: إنَّه يُعْتَقُ من الثلث، فلو لم يكُنْ له مالٌ سواه، لم يُعْتَقْ إلاَّ ثلثه، ولو كانَ علَيْهِ دَيْنٌ، لم يُعْتَقْ، وبِيع فِي الدَّيْن، وكذا في المفْلِسِ المحْجُور عليه، ولو اشترى المريضُ مَنْ يُعْتَقُ عليه، فإما أن يكون علَيْه دَيْنٌ أو لا يكونَ، فإن كانَ، ففِي صحَّة الشراء وجهان، ويقال: قولان.

وجه المنع: أنه لو صحَّ، لملكه، ولو ملكه، لَعَتَقَ عليه، وفيه تضييعُ حُقُوقِ الغُرَمَاء.

وأصحُّهما: الصحَّة؛ لأنَّه لا خَلَلَ في الشراء، فيثبت مقتضاهُ، وهو المِلْك لأنه لا يُعْتَقُ لحقِّ الغرماء، وبهذا أجاب ابن الحدَّاد، وذكر الشيخ أَبو عليٍّ أَن الخلافَ مبنيٌّ على قولَيْن منصوصَيْنِ فيما إِذا أوصَىٰ لصبيٍّ ببَعْضِ مَنْ يُعْتَقُ عليه، والصبيُّ موسرٌ، هل للوليِّ القبولُ؟ في قول: لا، وإلاَّ، لعَتَقَ، وقُوِّمَ عليه الباقي، فيه إتلافُ مالِ الصبيِّ، وفي قولٍ: نعمْ، ولا يُقَوَّم عليه، فعلى هذا: يصحُّ الشراء، ولا يُعْتَقُ، وعلى الأول: لا يصح، وإِن لم يكن عليه دَيْنٌ، فيعتبر عتقُهُ من الثلث؛ لأنه لا يملك بالاختيار، وبذل في مقابلته المال، فإِنْ خرَجَ كلُّه من الثلث، صحَّ الشِّرَاءُ، وعَتَقَ كلُّه، وإلا، ففي صحة الشراء فيما زادَ عَلَى الثُّلُث مثل الخلاف فيما إِذَا كَانَ عليه دَيْنٌ، فإِن قلْنا: لا يصحُّ، ففي قدْرِ الثلث الخلافُ المذكورُ في «تفريق الصَّفقة»، وإِن قلْنا: يصحُّ، عَتَقَ من الثلث، ولم يعتق ما زاد، وعلَىٰ هذا، ينطبق قولُه في الكتاب «وإن ملك بالشِّراء، عَتَقَ مِنَ الثُّلُث، فَمَا أزاد لَمْ يُعْتَقْ» وروى الأستاذ أبو منْصُور وجْهاً مطلقاً أَنَّ شراء الْمَرِيضِ أَباه باطِلٌ؛ لأنه وصيَّةٌ والوصيةُ موقوفةٌ علَى الخروج من الثلث أو الإجازةِ، والبيعُ لا يصحُّ موقوفاً، وجميعُ هذا فيما إِذا لم يكن محاباة، أَما إذا اشتراه محاباةً، كما لو كانتْ قيمتُه مائةً، فاشتراه بخَمْسِينَ، كان قدر المحاباةِ، كالموهوب فيَجيءُ الوَجْهَان في أَنَّه يُعْتَبَرُ من الثلث أَوْ مِنْ رأس المال فإِنِ اعتبرنا الموهُوبَ من الثُّلُث، فجميعُ المائةِ مِنَ الثُّلث، وإِلاَّ، فالمعتبر منه خمسون، ثم مهما حكَمْنا بأنَّه يعتق من الثلث، فلا يرث

(١) سقط في: أ، ز.

العتيقَ؛ لأن عتْقَهُ وصيَّةٌ، ولا سبيل إلى الجَمْع بين الوصيَّة والميراث، فلو وَرِثَ، لصَارَتِ الوصيَّةُ وصيَّةً للوارث، فيُبطل، وإذا بَطَلَ العتْقُ، امتنع التوريثُ، فإذن في توريثه عَدَمُ توريثه، هكذا أَطلقوه حكماً وتعليلاً، وكأنه مبنيٌّ على أَن الوصيَّة للوارث باطلةٌ، فإن وقفاها على الإجَازَةِ، فلا يمتنع الجَمْعُ بين الوصية والميراث، فيحتمل أَن يُوقَفَ الأَمْرُ على الإجازة، ويحتمل خلافُهُ[1]، وحَكَى الأَستاذُ وجّهاً: أنه يرث؛ لأَنَّه لا

(١) قال في الخادم: وقد جزم بالاحتمال الأول الفارقي في فوائده فقال: وتعليل الشيخ بأن الإرث والوصية لا يجتمعان هو على أحد القولين، وعلى القول الآخر تصح الوصية للوارث مع الإجازة، فإن أجاز، أي: فإن أجاز وصح العتق ويرث وإن لم يجيزوا بطل العتق.

قال صاحب الوافي: لا ينبغي التفريع مع الصحة مع الإجازة إذ ربما لا يجيزون فيؤدي إلى بطلان العتق بالكلية إلى آخر ما نقله عنه في الخادم وفي آخر كلامه نظر.

قال الزركشي في الخادم أيضاً: وفي كل من الاحتمالين نظر، أما الأول فمن وجهين.

أحدهما: أن الذي يتوقف على الإجازة إنما هو التبرع لا الإرث والتبرع قد تقرر أولاً أنه من الثلث فكيف ينعكس أخراً ويقال بل يتوقف على الإجازة مطلقاً وهذا الاحتمال لشيخه البلقيني وبقية كلام شيخه وتحرير المقال أنه لا يخلو في أول الأمر أما أن يحسب ذلك من الثلث من غير توقف على إجازة الوارث أو يتوقف على الإجازة من أول الأمر أن يتوقف على الإجازة من أول الأمر لما فيه من إبطال حق الميت في الثلث مع أن العتق وجد حين لا إرث، وكان يلزم عليه أنه لو لم يكن له وارث خاص أو كان ولكنه صغير أنه لا يعتق منه شيء ولا قائل به، وإذا أثبت أنه لا يتوقف على الإجازة من أول الأمر ثبت العتق من الثلث وإذا ثبت من الثلث فلا إرث لئلا يؤدي إلى الجمع بينهما للوارث ولا سبيل إلى التوقف على الإجازة في الإرث ولا في التبرع لما تقدم فلا إرث حينئذ سواء قلنا إن الوصية للوارث باطلة أو متوقفة على الإجازة لأن محل القولين فيمن صلح للإرث من غير توقف إرثه على الإجازة أما من لم يثبت له الحرمة إلا بعتق من الثلث فليس محل القولين على أن الرافعي لم يجزم بالبحث بل قال ويحتمل خلافه والمعتمد ما قلناه:

وأيضاً فإنه لا سبيل إلى أن التبرع على الوارث يحسب من الثلث؛ لأن الثلث خارج قهراً على الورثة، والتبرع على الورثة يحتاج إلى الإجازة فينافي موضوعها انتهى. والشيخان لا يقولان إن العتق موقوف على الإجازة لأنهما فرضا المسألة أنه خرج من الثلث وإنما نازعا من علل بأن الإرث والوصية لا يجتمعان فقالا: كأنه مفرع على أن الوصية للوارث باطلة أي وهذا عدم الإرث ظاهر ثم قالا فإن قلنا: يقف على إجازة الوارث لم يمتنع الجمع بينهما وبين الإرث أي فانتفى قولهم إنه لا سبيل إلى الجمع بينهما وإذا تقرر أنه يمكن الجمع بين الإرث والوصية فانتفى منع تعليل الإرث بذلك ثم ذكر احتمالين: أحدهما: توقف الأمر أي من الإرث على الإجازة أي فإن قلنا إنها ابتداء عطية فلا إرث وإن قلنا تتقيد فالإرث.

والاحتمال الثاني: خلافة أي من الإرث لا يتوقف على الإجازة فيرث، وهذا هو الظاهر من كلام الشيخين.

وأما قول الشيخ البلقيني إن محل القولين فيمن صلح للإرشاد. . . إلى آخره، والظاهر أنه من تفقه الشيخ وقد تقدم كلام الفارقي وظهر بحمد الله تعالى أن ما ذكراه بحثاً هو المنقول كما ذكره=

يملكُ رقبته، حتى يقال: أَوْصَىٰ له بها، وإنما ينتفع بالعِتْق، فهو كانتفاع الوارث بمَسْجِدٍ، وقنطرة بناهما المورِّثُ، وذلك لا يمنع الميراثَ، فلْيُعْلَم؛ لهذا قوله في الكتاب «لم يرث» بالواو، ويجوز أن يعلم بالحاء والميم أَيْضاً؛ لأنَّهما ذهباً إِلَىٰ توريثه، ويُحْكَىٰ عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنه يسعَىٰ في قيمته، حتَّى يخرج عتقه عن أن يكُونَ وصيَّةً، ومهما حكَمْنا بأَنَّه يعتقُ من رأس المال، فوجهان:

أصحهما: أنه يرث[1]؛ لأن العِتْقَ، والحالةُ هذه، ليس بوصيَّة، بل هو مستحَقٌّ شرعاً، فلا يلزم الجمع بين الميراث والوَصِيَّة.

والثاني: وبه قال الإِصطخريُّ: لا يرث، ويُجْعَل عتقه وصيَّةً في حقه، وإن لم يُجْعَلْ وصيَّةً في حق الوارث، كما لو نكَحَتِ المريضةُ بدُونِ مَهْر المِثْل، تصحُّ المحاباة منْ رأس المال، إِن لم يكِنِ الزَّوج وارثاً، وإِن كَانَ وارثاً، يُجْعَلَ وصيَّةً، فتبطُلُ، ويجِبُ مَهْرُ المثل.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: أَعْتِقُوا عَبْدِي بَعْدَ مَوْتِي لَمْ يَفْتَقِرْ إِلَىٰ قُبُولِ العَبْدِ لِأَنَّ لِلَّهِ

= الفارقي وهذا من علو درجة الشيخين وبركتهما وكيف لا وتحرير المذهب راجع إليهما، ثم ذكر الشيخ البلقيني جرياً على ما تقرر عنده فقال: يستنبط من ذلك أن من كانت له جارية ثم في مرض موته أعتقها ثم تزوجها أنها لا ترث لأن عتقها من الثلث ومن يعتق من الثلث لا يرث، وهكذا أطلق صاحب الحاوي الصغير لكن لو كان للرجل مستولدة فأعتقها في مرض موته ثم تزوجها ثم مات فإنها ترث؛ لأن عتقها لا يحسب من الثلث ولو لم يوجد العتق لعتقت بالموت من رأس المال إلى آخر ما ذكره.

وما ذكره الشيخ عن الحاوي الصغير مصرح به في الروضة في مسائل الدور الحكمي قبل الباب الثاني عشر في اختلاف الزوجين في النكاح فقال ما نصه: أعتق أمة في مرض موته ونكحها على مهر سماه نظر إن لم يخرج من الثلث فحكمه ما ذكرناه في المسائل الدورية في كتاب الوصايا وإن خرجت من الثلث نظر إن كانت قدر الثلث بلا مزيد بأن كانت قيمتها مائة وله مائتان سواء فالنكاح صحيح ثم إن لم يجر دخول فلا مهر لها لأنه لو ثبت المهر لكان ديناً على الميت وحينئذ لا تخرج من الثلث ويرق بعضها وحينئذ يبطل النكاح والمهر فإثباته يؤدي إلى إسقاطه فيسقط وإن جرى دخول فقد ذكرنا حكمه في كتاب الوصايا وسواء دخل أم لا فلا ترث بالزوجية لأن عتقها وصية والإرث والوصية لا يجتمعان فلو أثبتنا الإرث لزم إبطال الوصية وهي العتق، وإذا بطلت بطلت الزوجية، وبطل الإرث إلى آخر ما ذكرا في هذا الباب لأنه لا يمتنع الجمع بينهما وذكرا ما تقدم تقريره فمسألة الأمة أيضاً مبنية على ذلك إن قلنا الوصية للوارث باطلة فلا إرث، وإن قلنا: موقوفة على الإجازة فلها الإرث.

(١) ما صححه الشيخ هنا أن يعتق من رأس المال هو المعتمد عند جمع من المتأخرين منهم الشيخ البلقيني والشيخ الأذرعي وإن كان النووي في المنهاج أنه من الثلث. قال الأذرعي: تبع المحرر والمحرر تبع البغوي على عادته ثم ضعف كلام المنهاج وبالغ الشيخ البلقيني في تضعيفه في تصحيح المنهاج.

حَقّاً فِي الْعِتْقِ، وَلَوْ قَالَ: أَوْصَيْتُ لَهُ بِرَقَبَتِهِ فَفِي ٱشْتِرَاطِ القُبُول وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الثاني: إذا قال: أَعْتِقُوا عبْدِي بعْد مَوْتِي، لم يفتقر إِلَى قبول العبد؛ لأن لله تعالَىٰ حقّاً مؤكَّداً في العِتْق، فكان كالوصيَّة للجهات العامَّة وبناء المسجد والقَنْطَرَة، ولو قال: أوصَيْتُ له برقبته، فهذه الوصيةُ صحيحةٌ، ومقصودُها الإِعتاقُ، وهل يفتقرُ إِلَىٰ قبوله؟ فيه وجهان:

أَحَدُهُمَا: لا؛ لأنَّه في المعْنَىٰ كقوله: «أَعْتِقُوا عَبْدِي».

وأصحُهما: وبه أجاب الشيخ أبو عليٍّ: أنَّه يفتقرُ إِلَيْه؛ لاَقتضاء الصِّيغة القَبُول، وصار كَمَا لو قال لعَبْدِهِ: وهبتُ منْكَ نَفْسَكَ، أَو ملكتك نَفْسَك، فإنه يحتاجُ إِلى القبول في المَجْلِس، وعند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: لا حاجة إلى القَبُول من شيء مِنْ هذه الصور، ولو قال: وهَبْتُ نفْسَك، لا على طريق التمليك، بل نَوَىٰ وبه المعْتِقُ عتق مِنْ غَيْرِ قُبُولٍ[1].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **وَلَوْ أَعْتَقَ ثُلُثَ الْعَبْدِ بَعْدَ مَوْتِهِ وَلَيْسَ فِي المَالِ مُتَّسَعٌ لَمْ يَسْرِ لِأَنَّهُ مُعْسِرٌ وَالمَالُ لِغَيْرِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الثالِثُ: لو قال: إذا متُّ فأعتقوا ثُلُثَ عبْدِي، أو قَالَ: ثُلُثُ عَبْدِي حُرّاً، إِذا متُّ، لم يُعْتَقْ إذا مات أكثر من ثلثه؛ لأَن إعتاق بَعْض الرقيق، إنَّما يَسْرِي إِلى الباقي، إِذا كان المعْتِقُ مالكاً للباقي، أو لم يكن مالكاً إِلاَّ أَنَّه موسِرٌ بقيمته، وإذا مات، زَالَ ملْكُه عن الباقي وعن سائر أَملاكه، فلا هو حينَ العِتْقِ مالكٌ للباقي، ولا هو موسِرٌ بقيمته، ويخالف ما لَوْ أعتق المريضُ بعْضَ عبده، حيث يَسْرِي إلى الباقي، إذا وفَّى الثلث به؛ لأنه مالك للبَاقِي، ولو ملك ثلاثة أَعْبُدٍ مُتَسَاوِي القِيمَةِ، لا مَالَ له سوَاهُمْ، فأعتقَ في مرضه ثُلُث كلِّ واحد منهم، فقال: أثلاث هؤلاءِ أحرارٌ، وثلثُ كُلِّ واحدٍ حُرٌّ، ففيه وجهان:

أحدُهُما: أنَّه يُعْتَقُ مِنْ كُلِّ واحدٍ منهم ثُلُثُه، كما ذكرنا.

وأَصحُهما: أنه يُقْرَعُ بينهم؛ لتجتمع الحريةُ في واحِدٍ، فإِن عَتَق المالكُ، لا يتجزَّأُ، وإِعتاقه بعض مملوكه كإِعتاقِهِ جميعَهُ، فكأنه قال: أعتقْتُ هؤلاء، ولو قال ذلك

---

(١) قال في الخادم: صورة المسألة أن لا يلحقها كاف الخطاب والمعنى وهبت لله نفسك أي جعلتها لله، أما إذا وجد خطاب فلا بد من القبول وعنها احترز ـ يعني الرافعي بقوله لا على طريق التمليك وغلط من فهم من كلامهما خلاف ذلك، والثابت في نسخ الروضة الصحيحة كما في الرافعي.

لأقْرَعْنا بينهم بسهمي رق وسهم عتق، فمن خَرَجَ له سَهْمُ العِتْقِ، عَتَقَ، فكذلك ها هنا.

ولو قال: أَعْتَقتُ ثُلُثَكُمْ، أو ثُلُثُكُم حُرٌّ، فهو كما لو قال: أعتقتُكُمْ أو أعتقتُ واحداً منكُم، فيُقْرَعُ بينهم، ولا يجيءُ الوَجْهَان، ومنهُمْ مَنْ جاء بالوجْهَيْن، وجعل الصيغَتَيْنِ، كما لو قال: أثلاثُ هؤلاءِ أحرارٌ، ولو أضاف إلى الموت، فقال: أثلاثُ هؤلاءِ أحرَارٌ بعد موتي، أو ثُلُثُ كلِّ واحدٍ منهم، فيُعْتَقُ مِنْ كُلِّ واحدٍ منهم ثلُثُه، ولا يُقْرَعُ؛ لما ذكرنا أَنَّ العتق بعْد المَوْت لا يَسْرِي، نعم، لو زَادَ ما أعتق على الثلث، فيُقْرَع لردِّ الزيادة لا للسِّراية، وفي «التهذيب» وغيره وجْهٌ [آخر] أنَّه يُقْرَع، كما لو نجز في مرض الموت، فمَنْ خَرَجَ له سَهمْ العِتْق، عَتَقَ وَرَقَّ الآخران، والصَّحِيحُ الأوَّل، وبه أجاب ابن الحدَّاد، وفرَّع عليه بما أوضَحه، فقال: لو قال للأعْبُدِ الثلاثةِ: النِّصْفُ مِنْ كلِّ واحدٍ منكم حرٌّ بعد موتي، فقد عَتَقَ نصْفُ ماله، فإن لم تُجز الورثةُ، لقُرِعَ بين العبيد بسَهْم رِقٍّ وسَهْمَيْ عِتْقٍ، فالذي أصابه سَهْمُ الرِّقِّ يرقُّ واللذان أصابَهُما سَهْمَا العِتْقِ، يَعْتِقُ مِن كلِّ واحدٍ منهما نصْفُه، ولا يَسْرِي، ولو أَعتق الانصاف في مَرَضِهِ، فمن عتق منه شيءٌ، لا بدَّ وأن يسري إلَىٰ باقية إلَىٰ أن يتمَّ الثلث، فيقرع بينهم بسهمي رقٍّ، وسهْم عتقٍ، فمن خرج له سهمُ العِتْق، عَتَقَ كلُّه، وهو ثلثُ المالِ، ولو لم يَمْلِكْ إلاَّ عبدَيْنِ قَيمتهما سواءٌ، فقال: نصفُ غانِم حرٌّ بعد موتي، وثلثُ سالِم حرٌّ بعد موتي، فقد أعتَقَ خمسة أسداس العبد، وليس له إلاَّ إعْتَاق ثُلُثَيْ عَبدٍ، فيقَرع بينهما؛ لردِّ الزيادة، فإن خَرَج سهْمُ العِتْقِ لغانم، عَتق نصْفُه، وعَتَقَ سدس الآخر، لِيَتِمَّ الثلثُ، وإن خَرَجَ لسالم، عَتَقَ ثلثِه، وعَتَقَ ثُلُثُ غانم، وإن أَعتق نصْفَ واحد منهما في مرضه، أُقْرِعَ بينهماً، فمن خَرَجَ له سهْمُ العتقِ، عَتَقَ ثلثاه، ورَقَّ باقيه مع جميع الآخر، وهذا كلُّه مفروضٌ فيما إذا أَعْتَقَ الأَبعاضَ في المَرَض معاً؛ بأَن قال: أثلاثُ هؤلاء أحرار، ونصف كلِّ واحدٍ منهما حرٌّ، فأما إذا قدّم وأَخّر، فيقدَّم الأسبق، فالأسبقُ، حتى لو قال: نصف غانمٍ حرٌّ وثلثُ سَالمٍ حرٌّ، يعتق من غانم ثلثاه ولا قُرْعَة.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِنْ أَعْتَقَ الجَارِيَةَ دُونَ الحَمْلِ فَفِي السِّرَايَةِ إِلَىٰ الحَمْلِ بَعْدَ المَوْتِ وَجْهَانِ، مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مِنَ الأَصْلِ كَعُضْوٍ مُعَيَّنٍ لاَ يَقِفُ العِتْقُ عَلَيْهِ، وَكَذٰلِكَ إِذَا ٱسْتَثْنَى الجَنِينَ صَرِيحاً عَنِ الحُرِّيَةِ فَفِي صِحَّةِ ٱلاسْتِثْنَاءِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الرابع: لو أعتق جاريتَهُ بعد الموت، وهي حاملٌ، ففي الحملِ وجْهَان:

أحدهما: لا يعتق؛ لما مرَّ أَنَّ عتق الميِّت لا يسري.

وأصحهما: أنه يعتقُ لأنَّ الجنينَ كعُضْوٍ من الأمِّ، والعتقُ لا يثبت في بعض

الأعضاء دون عضوٍ؛ لأن الأم، تستتبع الحمْلَ، كما في البيع، وهذا المعنَىٰ أقوَىٰ؛ لأَنَّ الأَول يشكل بما، إِذا أُعْتِقَ الحملُ لا تعتق الأمّ ولو كان كعُضْو منها، لعَتَقَتْ، ولو استثنَى الحَمْل صريحاً، فقال: هي حُرَّةٌ بعد موتِي إلاَّ جنينُها [أو دون جنينها][1] ففي صحة الاستثناء وجهان:

أحدهما: الصحَّةُ؛ لأنه يعرض الانفصال، والاستثناء يجعله كالمُنْفَصِل.

والأشبه: المنعُ كاستثناءِ الأَعْضَاء وقد قيل: إنَّ الوجه الصائِر إِلَىٰ أنه لا يعتقُ عند الإطلاق مخرج من القَوْل بصحة الاستثناء.

وقوله في الكتاب «وإن أعتَقَ الجاريةَ دُون الحَمْل» أي: أعتقها ولم يتعرَّض للحَمْل، فأما إذا قال دُون الحَمْل، فهذه صورةُ التصْرِيحِ بالاستثناء.

وقوله «لا يقف العتق عليه» أي: على الأَصلِ بَلْ يسري هذا إذا أَعْتَقَ الحامِلَ بعد الموت، فأَمَّا إذا نجز عتْقَهَا في الحياة، ففي «التهذيب» وغيره: أنَّ الحمْلَ يعتق أَيضاً، فإن الاستثناء لا يصحُّ، ولم يذكروا فيه خلافاً، ووجَّهوه بأن الاستثناء في البَيْع لا يصحُّ، فكذلك ها هنا، إِلا أنَّ البيع يبطُلُ من أصله، والعتق ينفذ فيهما؛ لغلبته، ولو كانَتِ الأمُّ لواحدٍ، والحملُ لآخرَ فأعتق مالك الأم الأم، وعتقَتْ دون الحمل؛ لأنَّ اختلافِ الملكِ يَمْنَع الاستتباع.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ أَوْصَىٰ بِثُلُثِ عَبْدِهِ فَاسْتُحِقَّ ثُلُثَاهُ نَزَلَتِ الوَصِيَّةُ عَلَىٰ ثُلُثِهِ الَّذِي بَقِيَ، وَقِيلَ: لاَ يَبْقَىٰ لِلْوَصِيَّةِ إِلاَّ ثُلُثَ الثُّلُثِ بِحُكْمِ الشيُوعِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الخامسُ: أوصىٰ بثلُثِ عبدٍ معيَّنٍ أو دارٍ أو غيرهما، فاستُحِقَّ ثلثاه، نُظِرَ: إن لم يملك شيئاً آخر فللموصِى له ثلث الثلث الباقي [وإن ملك غيره، واحتمل ثلثه الثُّلُثَ الباقي، فقد قال في «المختصر» له الثلُثُ البَاقِي،][2] وروي قولُهُ «إنّ له ثلث الباقي» وهذا نسبه صاحب «التهذيب» إِلَىٰ رواية الربيعِ والمتولِّي إِلى بعض نُسَخِ «المختصر» وللأَصحاب في المسألة طريقَانِ:

أصحهما: أن فيها قولَيْنِ:

أظهرهما: أن الوصيَّة تنزل على ثلُثِ الباقي، وتصح فيه لأَن المقصودَ من الوصيَّة إِرفاقُ الموصَىٰ له، فإِذا أَوصَىٰ بما احتمله الثلث، أمكن رعايةُ عِرْضِهِ منها، فيصار إِليه.

---

(١) سقط في: أ، ز.

(٢) سقط في: أ، ز.

والثاني: وهو اختيار ابن سُرَيْج، ويُحْكَىٰ عن أبي حنيفة ومالكٍ والإصطخريِّ ـ رحمهم الله ـ أن له ثُلثَ الثُّلثِ الباقيَ؛ لأن الوصية بالثُّلثِ الشائع، فإذا خرج الثلثان بالاستحقاقِ بَقِيَتِ الوصيةُ في ثلث الباقي، وهو تَسَعُ الجملة، وصار كما لو أوصَىٰ بثلث ماله، فاستُحِقَّ ثلثاه، لا يكون من الباقي إلاَّ الثُّلُث.

والطريق الثاني: القطْعُ بأَنَّ له ثلثَ الثُّلُث الباقي، وحمل ما رواه المزنيُّ علَىٰ ما إذا لم يتلفَّظْ بالثلث، ولكن كان له ثلاثونَ من الغَنَم مثلاً، في الظاهرِ، فقال: أعطُوهُ عَشَرةً منها، ثم استحقَّ عشرون منها بعَيْنِها أو علَىٰ ما إذا أَوصَىٰ بأحد أثلاثِ العَبْدِ المعيَّن، فاستحق ثلثاه، أو على ما إذا أوصَىٰ بثلث معيَّن من الدار، فاستحق باقيها أو علَىٰ ما إذا اشترَىٰ ثلُثَها من زيْد وثلثيها من عمْرو وأَوْصَىٰ بما اشتراه من زيْدٍ، واستحق ما اشتراه من عمرو، فإن في هذه الصور[ة] يكونُ له الثلُثُ الباقي، واعلم أنَّ أصحابِ الطريقة الأولَىٰ مَنْ يعبِّرُ عن الخلاف بالوجْهَيْن أو بالمنصوص والمُخرَّج، وربما وجَّهوا الأظْهَر بأنَّ الظاهر أنَّه إنما يوصَىٰ ويُتصرَّف فيما يملكه، وقد اشتهرَ الخلافُ في العَبْد المشتَرَكِ بين اثنين بالسويَّة، إذا قال أحدُهُما، بعت نصفَهُ أَنَّ البيعَ ينْصَرِف إلَىٰ نصفه أو يشيع، ولا فَرْق في ذلك بين البَيْع والوصيَّة، فينتظم أن يبنى أحد الخلافَيْن على الآخرِ أو يقال: هو هو، ثُمَّ عن ابن سُرَيْج أن الوصيَّةَ إنَّما تنتفي في ثلث الثلثِ الباقي، إذا كان قد قال: أوصيتُ له بثُلثِ هذا العبد، فأما إذا قال: أعْطُوه ثلثه، دفع إليه الثلث الباقي كاملاً، لا محالة، ولو أوصَىٰ بأثلاث الأعبد الثلاثة، واستحق اثنان منْهم، فلا شكَّ أن الوصية تنفد إلاَّ في ثلث العبد الباقِي، ولو أوصَىٰ بثلث صُبْرة، فتلف ثلثاها، فله ثلث الباقِي بلا خلاف؛ لأَنَّ الوصيةَ تناولتَ التالف، كما تناولَتِ الباقِيَ، وها هنا لا تتناول المستحقّ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **فَرْعٌ إِذَا مَنَعْنَا نَقْلَ الصَّدَقَاتِ فَفِي نَقْلِ مَا أَوْصَىٰ بِهِ فِي بَلَدِهِ لِلْمَسَاكِينِ وَجْهَانِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ما أوصَىٰ به للمساكين، هل يجوز نقله إلى مساكين غير بلد المَال فيه طريقان[1]:

أحدهما: أنه على قولَيْن، كما في نقل الزكاة؛ تنزيلاً للفظ المطْلَق علَىٰ ما ورد به الفرْع.

والثاني: ترتيب الوصيَّة على نقل الزكاة، إن جوَّزنا نقل الزكاة، ففي الوصية

(١) قال النووي أصحهما النقل والله أعلم.

أولَىٰ، وإن منعْنَاه ففي الوصيَّة وجهان.

والفَرْق أن الزكاةَ مطمح نظر الفقراء؛ من حيث إنَّها موظَّفة دارِهِ، والوصية بخلافه، ولهذا يجوز تقييدُ الوصيَّة بمساكين سائر البلاد.

والطريق الثاني: وهو المذكور في الكتاب، لكنِ الأكثرُونَ أوردُوا الأول، وهو الذي يدُلُّ عليه نصُّ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ فإنَّه نصَّ في «المختصر» ههنا علىٰ منع النقل، وهو جواب منه على أحد القَولين، وإذا قلْنا: لا يجوز النقل، فلو لم يكُنْ في تلك البلدة فقير، فتنتقل كالزكاة أو تبطُلُ الوصية؟ فيه وجهان في بعض الشُروح، ولو عين فقراء بلده، ولم يكن فيه فقيرٌ، بطَلَت الوصيةُ[1] كما لو أوصَىٰ لولدِ فلانٍ، ولا وَلَدَ له، والله أعْلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الْقِسْمُ الثَّالِثُ فِيَ المَسَائِلِ الحِسَابِيَّةِ، إِذَا قَالَ: أَوْصَيتُ لَهُ بِمِثْلِ نَصِيبِ ٱبْنَيَّ أَوْ بِنَصِيبِ (ح و) ٱبْنَيَّ وَلَهُ ٱبْنٌ وَاحِدٌ فَهُو وَصِيَّةٌ بِالنِّصْفِ (و)، وَلَوْ كَانَ لَهُ ٱبْنَانِ وَأَوْصَىٰ بِنَصِيبِ وَاحِدٍ فَهُوَ وَصِيَّةٌ بِالثُّلُثِ (م)، وَإِنْ كَانُوا ثَلاَثَةً فَبالرُّبُعِ (م) وَبِالجُمْلَةِ يَسَوِّىٰ بَيْنَهُ وَبَيْنَ البَنِينَ فِي القِسْمَةِ، وَكَذَا إِذَا أَوْصَىٰ بِنَصِيبِ ٱبْنٍ ثَالِثٍ لَوْ كَانَ وَلَمْ يَكُنْ فِي الحَالِ فَهُوَ كَمَا لَوْ كَانَ وَأَوْصَىٰ بِمِثْلِ نَصِيبِهِ، وَلَوْ أَوْصَىٰ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ وَرَثَتِهِ أُعْطِيَ مِثْلَ سَهْمِ أَقَلِّهِمْ نَصِيباً (م)، وَلَوْ أَوْصَىٰ بِضِعْفِ نَصِيبِ وَلَدِهِ أُعْطِيَ مِثْلَ مَا أَعْطَىٰ وَلَدَهُ مَرَّتَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المسائلُ الحسابيَّةُ من الوصايا طويلةٌ كثيرةُ ٱلاِنْشِعَابِ، ولذلك جعَلُوها مع سائر المَسَائِلِ الدَّوْرِيَّةِ؛ عِلْماً برأسه، وأفردوه بالتدْريس والتصنيف، ولم يورد صاحب الكتاب في هذا القِسْم إلاَّ مسائل معدودة، فالوَجْه أنْ نشْرَحها ونضُمَّ إليها ما لا بُدَّ منْه في الباب من الإيجاز وبالله التوفيق.

فمما ذكره: إذا أوصَىٰ بمثل نصيبِ ابنه، وله ابن واحدٌ لا يرثه سواه، فالوصيةُ

---

(١) فيه أمران.

أحدهما: ما جزم به من البطلان مشكل بما لو أوصى للرقاب ولم يكن في الدنيا مكاتب ففي البحر عن نص الشافعي أنه يوقف الثلث حتى يوجد الاحتمال بالكتابة فيما بعد. قال: ويحتمل بطلان الوصية وهو قوي لما في الوقف من الإضرار بالوارث. وقد ذكر النووي من زوائده في آخر كتاب الحج قبل باب الهدي ما يخالف المذكور هنا.

الثاني: سكت عما إذا كان فيه فقير واحد فلا بد من صرف شيء لله، وهل هو الثلث أو غيره يشبه أن يكون على الخلاف فيما إذا أوصى لذوي قرابته، وليس له الأقرب واحد وتبع صاحب المطلب ذلك القسم الثالث. قاله الزركشي.

بالنصف[١] فإن لم يجز، ردَّت إلى الثلث، وكذا لو كان له ابنان أو بنون، فأَوْصَىٰ بمثل: نصيبهما أو نصيبهم.

وعن مالك ـ رحمه الله ـ: أَن الوصية في الصُّورة وصية بالكل، واحتج الأصْحابُ بأَنَّ الوصية بمثل نصيب الأَبنِ تقتَضِي أَن يكون للابنِ نصيبٌ، وللموصَىٰ له نصيبٌ، وأن يكون النَّصِيبَان مثلين، فيلزم التسويةُ، وربما قالوا: الأَبنُ يأْخذُ الكلَّ؛ لولاء الوصية، فإذا نزّل الموصَىٰ له منزلته، فقد أثبت الكلَّ له أَيضاً، والمبلغ إِذا عالَ بمثْله، كان الزائدُ مثْلَ المزيد علَيْه، ولو لم يكن له أَبنٌ أو لم يكن له وارثاً لرق، وغيره، فالوصيةُ باطلةٌ؛ لأنه لا نصيب للابن، ولو قال: أَوصَيْتُ له بنَصِيبِ ابْنِي، ولم يذكر لفْظ المِثْل، فوجهان:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة: أَنَّ الوصيَّةَ باطلةٌ؛ لورودها علَىٰ حقِّ الغَيْر، وهذا أصحُّ عند أصحابنا العراقِيِّينَ وتابعهم صاحب «التهذيب».

والثاني: وبه مالك ـ رحمه الله ـ: أنها صحيحةٌ، والمعنى بمثْلِ نصيب ابْني، ومثله كثير في الاستعمال، وهذا ما أَورده الأُستاذ أَبو منصور، وهو الأَصحُّ عند الإِمام والقاضي الرُّوياني ـ رحمهم الله تعالى ـ وغيرهما، وقالوا: إن الوصية واردةٌ علَىٰ مال الموصِي، وليس للابن نصيبٌ قبل موته، وإنما الغرضُ التقدير بما يستحقُّه من بعدُ.

ويجري الوجهان، فيما لو قَالَ: بعْتُ عبدي منْك بما باع به فلانٌ فَرَسَهُ، وهما يعلمان قدْرَهُ، فإن صحَّحنا، فهيَ وصيةٌ بالنِّصْف، كما لو قال: أَوْصَيْتُ بمثل نصيب ابْنِي، وفي «التهذيب» وجه آخر: أنها وصيةٌ بالكل، ولو كان له ابنان، فأوصَىٰ بمثل نصيب أحدِهِما أو بمثل نصيبِ ابنٍ، فالوصيةُ بالثُّلُث، ولو كانوا ثلاثةً، فبالربع، وإن كانوا أَربعةً، فبالخمس، وعلى هذا القياسُ ويجعل الموصَىٰ له كابنٍ آخَرَ معهم.

وعن مالك ـ رحمه الله ـ أن الوصية في صورة الاثنَيْنِ بالنِّصْف، وفي الثلاثة بالثُّلُث، وعَلَىٰ هذا؛ فالضابط عنده أن يعتَبَرَ نَصِيبُ الموصَىٰ بنصيبه؛ لو لم تكن وصية، وعندنا يعتبرُ بعد الوصية، فتقام فريضةُ الميراث، ويزاد عليها مثْل سهم الموصَىٰ بنصيبه، حتى لو كانت له بنتٌ، وأوصَىٰ بمثل نصيبها، فالوصيةُ بالثلث؛ لأن المسألة

---

(١) قال في الخادم: صورة المسألة إذا لم يقل مع ذلك بما كان نصيبه فأما لو أوصى له بمثل ما كان نصيب ابنه كانت وصية بجميع المال إجماعاً صرح بذلك الماوردي وفرق بأنه في المسألة الأولى جعل لابنه مع الوصية نصيباً فلذلك كانت فيه بالنصف، وفي الثانية لم يجعل له نصيباً فلذلك كانت الصيغة بالإضافة للجميع، فأما لو قال أوصيت له بمثل نصيب ابن لي لو كان وفي نصيب ابني لا يصح على الأصح.

من اثنين، لو لم تكن وصيةٌ[١] فتزيد على الاثنين سهماً وتعطيه سهماً من ثلاثة أسْهُمٍ.

ولو أوصَىٰ، وله بنتان بمثل نصيب إحداهما، فالوصية بالربع، لأنَّ المسألة من ثلاثةٍ؛ لأن الوصية لكلِّ واحدة منهما سهمٌ، فتزيد للموصَىٰ له سهماً، فتبلغ أربعةً.

ولو أَوصَىٰ بنصيبهما معاً، فالوصية بخمسَي المال؛ لأنهما من ثلاثةٍ، ولهما سهمانِ من الثلاثة، فتزيد على الثلاثة سهمَيْن، يبلغ خمسةً.

ولو أوصَىٰ، وله ثلاث بنات وأخٌ بمثل نصيب واحدة منهن، فالوصية بسهمَيْن من أَحَد عشر سهماً؛ لأن المسألةَ من تسْعَة، لولاء الوصية، ونصيب كلِّ بنتٍ منهما سهمان، فتزيد على التِّسْعَة سهمَيْنِ، يكون أحدَ عَشَرَ، وكذا إذا أَوصَىٰ، وله ثلاثةُ بنينَ، وثلاثُ بناتٍ بنصيب ابْنٍ، ولو أوصَىٰ، وله ثلاثةُ بنينَ وبنْتٌ بمثل نصيب البنْتِ، فالوصيةُ بالثمن؛ لأنَّها من سَبْعَة، لو لم تكن وصيَّة للبنت، منها واحد فيزيد على السَّبْعة واحدٌ.

ولو كان له ابنٌ وثلاثُ بناتٍ وأبوانِ وأَوْصَىٰ بمثل نصيب الابن، فالمسألة تصحُّ من ثلاثين، لو لم تكن وصيةٌ، نصيب الابن منها ثمانيةٌ، فتزيد ثمانيةً على الثلاثين، ونقول: الوصيةُ بثمانية أسهُمٍ ثمانيةٌ وثلاثينَ سَهْماً، تروَىٰ هذه الصورة عن عَلِيٍّ - رضي الله عنه -[٢].

ثم في الفصل مسألتان:

إحداهما: أَوْصَىٰ، وله ابن، بمثل نصيب ابن ثانٍ لو كان، أو أَوْصَىٰ، وله ابنانِ، بمثل نصيب ابن ثالثٍ، لو كان فالحكْمُ في الصورة الأُولَىٰ، كما لو كان له ابنانِ، وأوصىٰ بمثل نصيب أحدهما، فتكون الوصيَّةُ بالثلث، وفي الثانية كما لو كان له ثلاثةُ بنين له، وأوصَىٰ بمثل نصيب أحدهم، فتكون الوصيَّةُ بالربع، وحكى الإمامُ عن شَيْخه أَنَّ الأُستاذ أَبا إسحاق كان يقول: هذه الوصيةُ تتضمَّن إقامة المُوصَىٰ له مُقَام الابن المقدر، فتكون الوصيةُ في الصورة الأُولَىٰ بالنصف، وفي الثانية بالثُلُثِ، وهل من فرقٍ بين أن يحذف لفظ «المثْلِ»، فيقول: «بنصيب ابن ثان أو ثالثٍ، لو كان»، وبين أَلاَّ يحذفه؟ القياسُ أَنَّه على الوجهَيْن فيما إذا أَضاف إِلى الوارث الموجود، وحكى الأَستاذ أَبو منصورٍ عن الأصحابِ أَنَّهم فَرَقُوا ههنا بين اللفظين، وإِن لم يَفْرِقُوا فيما إِذا أَضاف إِلى الوارث الموجودِ، وقالوا: إِذا أَوصَىٰ بمثل نصيبه، دفع إِليه نصيبه، لو كان مزيداً على سهام الفريضة، وإِذا أَوْصَىٰ بنصيبه، دفع إِلَيْه نصيبه، لو كان من أَصْل سهام

(١) في ب: ولكل واحد منهما سهم.

(٢) قال الحافظ لم أره.

الفريضة، فعلَىٰ هذا لو أَوْصَىٰ، وله ابنان بنصيب ابن ثالث، لو كان، فالوصيَّة بالثلث، [ولو قال بمثل نصيب ابن ثالثٍ لو كان، فبالربع، كما سبق، ولو أَوصَىٰ وله ثلاثة][1] بنين، بمثل نصيب بنتٍ، لو كانت، فالوصية بالثُّمن، وعلَىٰ ما حُكِيَ عن الأستاذ أبي إسحاقَ بالسُّبع.

وقوله في الكتاب «وكذا إذا أَوصَىٰ بنصيب ابنِ ثالثٍ لو كان» إلى آخره ينطبق على القول بالتسوية بين أنْ يذكر لفظ «المثل» أو يُحذفَهُ، وهو الذي أورده في الوَارِثِ الموجودِ أيضاً. ويجوز أن يُعْلَمَ قوله «فهو كما لو كان، فأوصَىٰ بمثل نصيبه» لما حكيناه عن كلِّ واحدٍ من الأُستاذَيْنِ، وقوله: «ولم يكن في الحال» كالمستغْنَىٰ عنه وفي لفظه «لو كان» ما يشعر به.

فرع: لاَبنِ سُرَيْجٍ: له ابنانِ، فأوصَىٰ لزيدٍ بمثل نصيبِ ابْنِ رابعٍ، لو كان، ولعَمْرو بمثل نصيبِ ابنِ خامسٍ، لو كان، فللحساب طريقان:

أحدهما: أن يقال: المسألةُ من اثنين، لو لم تكُنْ وصيَّة، ومن أَربعةٍ، لو كانوا أربعةً، ومِن خمسة كانوا خمسةً، فههنا اثنانِ وأربعةٌ وخمسةٌ، والاثنان والأربعةُ متداخلاَنِ، فتسقط الاثنين تبقى أربعةٌ وخمسةٌ، يضربَ أحدها في الآخر، تبلغ عشرين، وهذا العددُ ينقسم على الاثنَيْنِ بلا وصية، وعلى الأربعةِ، لو كانوا، ونصيب كلِّ واحدٍ خمسةٌ، وعلى الخمسة، لو كانوا، ونصيبُ كلِّ واحد أربعةٌ، فيأخذ الخمسة والأربعةَ ونزيدهما على العشرين، تبلغ تسعة وعشرين لزَيْدٍ، خمسةً من تسعةٍ وعشرين ولعمرو أَربعة، والباقي للاثنين.

والثاني: أن يقال: لو لم تكُنْ إِلاَّ وصيةُ زيْدٍ، لكان له سهْمٌ من خمسة، فيقسَّم الباقي على خمسةٍ؛ لوصيته لعمرٍو بمثل نصيبِ ابْنِ خامسٍ، فيخرج من القسمة أَربعةُ أخماسٍ، وهو نصيبُ كلِّ ابنٍ، لو كانوا خمسةً، فتزيد على الخمسة، لعمرو أَربعة أَخماسٍ، يكون خمسة، وأربعة أخماس لزيدٍ، منها واحدٌ، ولعمرٍو أربعةُ أخماسٍ، والباقي للاثنين، فإذا بسَطْنَاها أَخماساً، كانت تسعةً وعشرين.

وإنْ شئْتَ، قلت: لو لم تكُنْ إِلاَّ وصيةُ عمرو، لكان له سهْمٌ من ستة، فيقسم الباقي على أربعة؛ لوصيته لزيدٍ بمثل نصيب ابنِ رابعٍ، فيخرج من القسمة واحدٌ وربعٌ، وذلك نصيب كلِّ ابنٍ، لو كانوا أَربعة، فتزيد على الستة؛ لزيد واحداً وربعاً، يكون سبعةً وربعاً لعمرو منها واحدٌ، ولزيدٍ واحدٌ وربعٌ، وإذا بسطناها أَرباعاً، كانت تسعة وعشرين.

---

(١) سقط في: ز، أ.

ولو كانتِ المسألةُ بحالِهَا، وأوصَىٰ لزَيْدٍ بمثلِ نصيبِ ابنِ ثالثٍ، لو كان، ولعَمْرٍو بمثل نصيبِ ابنِ رابعٍ، لو كان، فعَلَى الطريق الأول، نقول: المسألةُ من اثنين ومن ثلاثة، لو كانُوا ثَلاثةً، وأَربعةَ، لو كانوا أَربعةً، فهنا اثنان وثلاثةٌ وأربعةٌ، يسقط الاثنان؛ لدخولهما في الأربعة، يبقَىٰ ثلاثةٌ وأربعةٌ، تضرب أحدهما في الآخر، تبلغ اثني عشَرَ، وهذا العدد ينقسِمُ علَىٰ الاثنين، وعلى الثلاثة، ونصيبُ الواحدِ أربعةٌ، وعلى الأربعة، ونصيبُ الواحدِ ثلاثةٌ، فنزيد الأربعة والثلاثةَ علَىٰ ٱلاثْنَيْ عَشَرَ، يكون تسعةَ عَشَرَ، فلزَيْدٍ منها أربعةٌ، ولعمرو ثلاثةٌ، والباقي بين الاثنين.

وعلى الثاني نقول: لو لَمْ تكنْ إلاَّ وصيَّةُ زيدٍ، لكان له سهمٌ من أربعة، يقسَّم الباقي على أربعة، للوصية الأُخْرَىٰ يخرج من القسمة ثلاثةُ أرباعٍ، فهي نصيبُ كلِّ واحد، لو كانوا أربعةً، فيزيد ثلاثة أرباع على الأَربعة لعمرو، منها تصحُّ القسمة، وإذا بسطْتَها أَرباعاً، كانت تسعَةَ عَشَرَ أو تقول: لو لم تكنْ إلاَّ وصيَّة عمرو، لكان له سهْمٌ من خمسةٍ، يقسَّم الباقي على ثلاثَةٍ للوصية الأُخرَىٰ، يخرج من القسمة واحدٌ وثُلُثٌ، وذلك نصيبُ كلِّ واحد، لو كانوا ثلاثةً، فتزيد واحداً وثلثاً على الخمسة لزَيْدٍ، تبلغ ستةً وثلثاً، منها تصحُّ القسمةُ، وإذا بسطتها أثلاثاً، كانت تسعةَ عشَرَ.

المسألة الثانيةُ: أوصىٰ لإنسانٍ بمثل نصيب أحد ورثته، أُعْطِيَ مثلَ سَهْمِ أقلِّهم نصيباً، والطريقُ أن تقام سهامُ الورثةِ بلا وصيَّة، ويزاد عليها مثل سهم أقلِّهم نصيباً، ثم تُقَسَّم، فلو كان له ابنٌ وبنتٌ، فالفريضة بلا وصيةٍ من ثلاثة، للبنْتِ منها سهْمٌ، فتزيد على الثلاثة سهماً، ونقول: الوصية بالرُبع، فيقسمُ المالُ، كما يقسم بين ابن وابنتين، ولو كان له زوج وأم وأختانِ من الأب، فالفريضة بلا وصيةٍ من ثمانية للأُمِّ وهي أَقلُّهم نصيباً، سهْمٌ منها، فنزيد على الثمانية سهماً، ونقول: الوصية بالتُّسع، وفي بنتين وثلاثِ زوجاتٍ وأخِ الوصيَّة يجزء من خمسةٍ وعشرين، وفي بنْتٍ وبنتِ ابنٍ وأخ الوصيةُ بسُبُع المالِ، ولوَ كانتْ صيغةُ الوصيَّةِ في هذه الصورة «أوصيتُ لفلانٍ بمثلِ نصيبِ أحدِ ولَدَيَّ» قال الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ في «المختصر» أعطيتُهُ سُدُساً، واَعْرِفْ فيه شيْئَيْنِ:

أحدهما: أنه أراد سدُساً عائلاً، وهو السُبُع لا سُدُساً كاملاً، وحينئذٍ فالجوابُ، كما لو كانَتْ صيغةُ الوصية «بنصيب أَحد وَرَثَتِي».

والثاني: أَنَّ في وقوع اسم الولدِ علَىٰ ولد الولد خلافاً سَبَقَ في «الوَقْف» فإن وقع عليه، فالتصوير ظاهرٌ، وإلاَّ، فالمنعُ عند الإِطلاق، فأما ههنا فالنية في قوله: «أَحَدَ وَلَدَيَّ» قرينة تبين إرادتهما جميعاً.

وعن مالك ـ رحمه الله ـ: أنه إذا أَوْصَىٰ بمثل نصيبِ أحدِ الورثة، اعْتبر عدَدُ رؤوسهم، ولا ينظر إلَىٰ صفاتهم، ولا أنصبائهم، فيجوز أن يُعْلَم؛ لذلك قوله: «أُعْطِيَ

مثْلَ سهم أقلِّهم نصيباً، ولو أَوصَىٰ بمِثْلِ نصيبِ أكثر الورثة نصيباً، أقيمتْ سهام الورثة بلا وصيَّةٍ، فتزيد علَيْهَا مثْلَ سهام أكثرِهِمْ نصيباً، ثم يقسَّم؛ فلو كان له ابْنٌ وبنْتٌ، فالمسألة من ثلاثَةٍ للابن منها سهمان، نزيد على الثلاثة سهمَيْن، ونقول: الوصية بخُمسَي المال.

فرع: له ابنانِ، وأوصَىٰ لزيْدٍ بمثلِ نصيب أحدهما، ولعَمْرو بمثل نصيب الثاني، فإذا أجاز الوصيتَيْنِ، قسم المالُ بينهم أرباعاً، وإن رد الوصيَتَيْنِ، أرتدتا إلى الثُّلث، وكان الثلث بينهما بالسوية، وإن أجازا إحداهما، وردَّا الأخرىٰ، فظاهر المذهب أَنَّ كلَّ واحد منهما يأخذ سدُسَ المال؛ أستحقاقاً، ويأخذ الذي أجاز له، ذلك نصف سدس آخر؛ اعتباراً بحال من أجاز وصيته بما لو أجاز الوصيتَيْن، وبحال الآخر، بما لو ردَّاهما، وتصحُّ المسألة من أربعةٍ وعشرينَ للذي أجاز وصيته ستَّة، وللآخر أربعةٌ، ولكلِّ ابنٍ سبعةٌ، وعن تخريجِ ابن سُرَيْجٍ: أَن الذي أَجاز له يُضَمُّ سدسُهُ إِلَىٰ ما لِلاِثْنَيْنِ، ويقسِّمونه أثلاثاً، والذي رد وصيته يأخذ السدُسَ وتصحُّ من ثمانيةَ عَشَرَ، وإن أجاز أحد الابنين لأحدهما دون الآخر، ورد الثاني الوصيتَيْنِ، فعلَىٰ المذْهَب: المسألة من أربعةٍ وعشرِينَ لمَنْ لم يُجزْ له أَربعةٌ، والذي أجاز له يستحقُّ أربعةٍ بلا إجازةٍ، والباقي إلى تمام وصيَّته سهمَان، فيأخذ سهماً ممَّن أَجَاز له، فيَحْصُلُ له خمسةٌ، وللمجيز سبعةٌ، وللرادِّ ثمانيةٌ، وعلَىٰ ما حُكِيَ عن ابن سُرَيْجٍ هي من ثمانيةَ عَشَرَ؛ للموصى لهما ستةٌ؛ أَستحقاقاً لكلِّ واحدٍ ثلاثةٌ يبقَىٰ لكلِّ ابنٍ ستَّةٌ، يَدْفَعُ المجيز مما في يده سهماً إِلَىٰ من أَجاز له؛ لأنهما لو أَجازا لَهُ، لكان لكلِّ واحدٍ منهم خمسةٌ، فإذا أجاز أحدُهما، أعطاه نصْفَ ما بَقِيَ، وهو سهمٌ، فيحصل له أَربعةٌ، وللابن المجيزِ خمسةٌ، وللآخر ستةٌ، وللموصَىٰ له الآخر ثلاثة.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ أَوْصَىٰ بِضِعْفَيْنِ أُعْطِيَ مِثْلَهُ ثَلاَثَ مَرَّاتٍ (ح م)، وَإِنْ أَوْصَىٰ بِثَلاثَةِ أَضْعَافِهِ أُعْطِيَ مَثْلَه أَرْبَعَ مَرَّاتٍ، وَإِنْ أَوْصَىٰ بِحَظٍّ أَوْ نَصِيبٍ أَوْ سَهمٍ أُعْطِيَ أَقَلَّ مَا يُتَمَوَّلُ (ح م و)، وَلَوْ أَوْصَىٰ بِالثُّلُثِ إِلاَّ شَيْئاً نَزَّلَ عَلَىٰ أَقَلِّ مَا يُتَمَوَّلُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في الفصل مسألتان:

إحداهما: الضِّعْفُ عبارةٌ عن الشَّيْء ومثله، روي أنه أضعف عمر ـ رضي الله عنه ـ الصَّدَقَةَ عَلَىٰ نَصَارَىٰ بَنِي تَغْلِب[١] ومعلوم أنه كان يأخذُ قدْر الصدقة ومثله، فلو أَوصَىٰ بضِعْفِ نصيبِ ابنه، وله ابنٌ واحدٌ، فهذه وصيةٌ بالثلثين، ولو قال: بضعف [نصيب][٢]

---

(١) سيأتي في الجزية. (٢) سقط في: ب، ز.

أحد أولادِي، أَو أحد وَرَثَتِي، أُعْطِيَ مِثْلَ نصيب أقلهم نصيباً، فإِن كان له ثلاثة بنين، فيجعل المال علَىٰ خمسة أسهم، لكلِّ ابن سهم، وللموصَىٰ له سهمانِ، ولو أوصَىٰ لزيدٍ بمائةٍ، ولعمرو بضعفها، فالوصيةُ بمائتين، وضِعْفَا الشيء عبارةٌ عن قَدْر ذلك الشيْءِ ومثله، وإِن شئْتَ قلْت: ثلاثة أمثاله، ولو أوصَىٰ بضعفَيْ نصيبِ ابنِهِ، وله ابنٌ واحدٌ، فالوصية بثلاثةِ أَرباع المَالِ، ولو أَوْصَىٰ بضِعْفَي نَصيب، أَحد بنيه، وله ثلاثةُ بنِينَ قُسِّم المالُ علَىٰ ستة، لكلِّ واحد منهم سهْمٌ، وللموصَىٰ له ثلاثة أسهم ولو، أوصَىٰ لزيدٍ بمائةٍ، ولعمرو بضِعْفِها، فالوصيَّةُ بثلاثمائةٍ، وعلى هذا ثلاثةُ أضعافِ الشيْء أَربعةُ أَمثالِهِ، وأَربعة أَضعافِ خمسةُ أمثاله.

وقوله في الكتاب «أُعطِيَ مثلَهُ ثلاَثَ مَرَّاتٍ» معلم بالحاء؛ لأن عن أَبي حنيفة إِذا أَوصَىٰ بضعفَي الشيْءِ، أُعْطِيَ مثلَهُ أَربع مراتٍ، وفي بعض الشروح نسبته إِلَىٰ مالك، فيجوز أَن يُعْلَمَ بالميم أيضاً، واحتج الأَصحابُ بأَنه، إذا كان الضِّعْف أَن يزاد على الشيْء مثله، كان الضعفان أَن يزاد عليه مثْلاه، وربما قالوا: المرادُ من الضعفَيْنِ أَنْ يضعف مرةً بعْد مرةٍ، واللفظ محتملٌ له، فوجب أن ينزل على الأَقلِّ.

الثانية: إذا أوصىٰ بجزءٍ من مالِهِ أَو نصيبٍ أَو حظٍّ أَو قسْطٍ أَو شيْءٍ أَو قليلٍ أَو كَثِيرٍ أو سَهْم، رجعنا في التفسِير والتقْدِير إِلَىٰ الورثة، ويقبل منهم التفسيرُ بأقلِّ ما يُتموَّل؛ لأن هذه الألفاظَ تقعُ علَى القليل والكَثير؛ أَلاَ تَرَىٰ أَنَّ الشريك في الدار بأدنى جزء [كان،][1] يصدق أن يقال: إنه له سهمٌ في الدار، ولهذا لو قال: بعتُكَ سهماً من الدار، لم يصحَّ؛ لأنه غير مضبوط، وساعدنا أبو حنيفة وأحمد ـ رحمهما الله ـ في لفظ الخَبَر والنَّصِيب والحَظِّ والقِسْط.

وقال أبو حنيفة: لو قال: أَعطُوه كثيراً مِنْ مالي، أَو عظيماً، لم يُقْبَلِ التفسيرُ بأقلِّ ما يُتموَّلِ بلِ الحكْمُ كما سبق في «الإِقرار»، وعنه في لفظ السهْم روايتان:

أظهرهما: أَن للموصَىٰ له أقلَّ الأمرَيْنِ من نصيبِ أقلِّ الورثة نصيباً أَو سُدُس ماله.

والثانية: له أكثر الأَمرَيْن من السدُسِ أَو نصيب أَقلهم [نصيباً][2]، وعن أحمد ثلاثُ روايات:

أصحها: أن له السدُسَ.

والثانيةُ: نصيب الأقلِّ من نصيب [أقل][3] الورثة نصيباً أو الثُّلُث.

---

(١) سقط في: ز، أ.
(٢) سقط في: ب، ز.
(٣) سقط في: ب، ز.

والثالثةُ: أنه يزاد على سهامِ الفريضَةِ بعد تصحيحها سهم للموصَىٰ له، وعن أصحاب مالك ـ رحمه الله تعالى ـ اختلافٌ، منهم مَنْ قال: له السدسُ، ومنهم من قال: الثمن، وسوَّوْا بين السهم والحظِّ والنَّصيب، وحكى أبو الفرج الزاز عن ابنِ سُرَيْج أَنَّه يحتملُ أَنْ يكونَ الجوابُ في لفظ السهمْ، كالرواية الثانية عن أحمد، فيجوز أن يُعْلَمَ قوله في الكتابُ «أَعْطِيَ أَقلَّ ما يُتموَّل» بالحاء والميم والألف والواو، وإِذا عرف ذلك، فلو عين الورثة قدراً من المالِ وادَّعى الموصَىٰ له أَن الموصِيَ أراد أكثر من ذلك.

قَالَ الأكثرُونَ، منهم الأستاذ أبو منصورٍ، والحناطيُّ والمَسْعُودِيُّ يحلف الوارث على أَنَّه لا يعْلَم إِرادته الزيادة، وحكى صاحب «التهذيب» أنه لا يتعرض للإِرادة، وإِنَّما يحلفُ علَىٰ أَنَّه لا يعلم استحقاق الزيادة، وسلم أنه لو أقرَّ بمبهم، ومات، وجرَىٰ مثل هذا النزاع بَيْن المقَرِّ له، وبين الوارث، حلف الوارثُ علَىٰ نفي إرادة المورث، وفرق بأَن الإِقرار إخبار، والوصيَّة إِنشاءُ أمرٍ على الجهالةِ، وهذا قد ذكرناه في «باب الإِقرار» وللأولين أن يقولوا: نعم، الوصيةُ إنشاءٌ، لكن قد يخبر الموصِي الوارِثَ بما أَراد، إِما قبل الإِنشاء أَو بَعْده، فإِذن احتمال الإطلاع قائم في الصورَتَيْن، ورد صاحب «التتمة» افتراق البابين إِلَىٰ شيء آخر، فقال: الوارث ههنا يحلف على أَنَّه لا يعْلَم أَن الموصِيَ أراد الزيادة، [ولا يحلف][1] على أنه أراد هذا القدْر، وفي «الإِقْرار»؛ يحلف على أنه لا يَعْلَم الزيادة، وعلى أنه [أراد][2] هذا القدْر. والله أعلم.

ولو أوصَىٰ بثلث ماله، إلاَّ شيئاً، قُبِلَ تفسيرُ الموصَىٰ به، وتنزيله علَىٰ أَقلِّ ما يُتموَّل، وحمل الاستثناء علَىٰ مالٍ كثير، وذكر الأستاذ أبو منصورٍ ـ رحمه الله ـ في «القضايا» أن هذه وصيةٌ بنصف الثلُثِ؛ فيكونُ المستثنى دون النصْفِ، فعلَى الوارث أن يعطيه السُدُسَ، ويزيد ما يشاء، قال: وكذا لو قال: أعطوهُ ثلث مالِي إلاَّ قليلاً، ولو قال: أعطوه الثُلُثَ إلاَّ كثيراً، جاز أن يعطيه الوارِثُ أقلَّ من النصْف، والمشهورُ الأول.

فروع: لو قال: أعطوه من واحدٍ إِلَىٰ عشَرَةٍ، فعلى الأَوجُه المذكورة في «الإِقْرَار»، وحكى الأستاذ أَبو منْصُورٍ عن بعض الأَصحابِ أَنَّه إِن أراد الحسابَ، فللموصَىٰ له خَمْسَةٌ وخمسون، وهو الحاصلُ من جمع واحدٍ إِلى عَشَرةٍ، على توالي العدَدِ، وإِن لم يرد الحساب، فله المستيقن، وهو ثمانيةٌ، ولا شكَّ في اطراد هذا في الإِقْرار[3].

---

(١) سقط في: أ،ز.

(٢) سقط في: أ، ز.

(٣) فيه أمران:

أحدهما: توهم أن هذا الاستدراك وجه آخر في المسألة لا يقيد وليس كذلك بل هذا هو المتعين توجيهاً ونقلاً.

الثاني: ظهر بما نقلناه من كلام الأُستاذ أنه لم يحكه وجهاً كما ادعاه الرافعي.

ولو قال: أعطوه واحداً في عشَرَةٍ أو ستة في خمسة، أَطلق الأُستاذ بثبوت ما يقتضيه الضَّرْب، وذكرنا فيه تفصيلاً في «الإقْرار»[١].

لو قال: أعْطُوه أكثر مالي، فالوصيَّةُ بما فوق النصْف، ولو قال: أَكثر مالِي ونصفه، فالوصيةُ بما فوق ثلاثةِ أرباع، ولو قال: أكثر مالي ومثله، فبالجَمِيع.

ولو قال: أعطوه زهاء أَلْفِ درهمِ أو معْظَم الألف أو وعامَّته، فالوصيَّة بما فوق النِّصْف[٢].

ولو قال: أعطُوه دراهِمَ أو دنانيرَ، فأَقَلُّ ما يعطَىٰ[٣] ثلاثة، ولفظُ «الدراهم والدنانيرِ» عنْد الإِطلاق يُحْمَل على النقْدِ الغالِبِ، كما في «البيع»، وليس للوارِث التفْسِير بغيره، فإِن لم يكن غالِبٌ، فالرجوع إِلى الوارث، وإِذا قال: أعطوه كذا، وقال: كذا وكذا، أو قال: كذا درهماً أو قال: كذا وكذا درهماً، فعلَىٰ ما ذكرنا في «الإِقْرار».

ولو قال: مائة ودرهماً أو ألفاً ودِرْهَماً، لم يلزم أن تكون المائةُ والألف دراهمَ، ولو قال مائةً وخمسِيْن درهماً أو مائةً وخمْسَةً وعشرين دِرْهماً، فعلى الخلافِ المذكور هناك.

قال في «التهذيب»: ولو قال كذا وكذا من دنانيري، يعطَىٰ ديناراً، ولو قال: كذا، وكذا، وكذا من دنانيري، يعطى دينارَيْنِ، ولو قال: كذا، وكذا من دنانيري، يعطى حبةً، ولو قال: كذا وكذا من دنانيري، فحبتان، ولك أَن تقول: لصاحب الدنانير دينار ودنانير، وكل ما هو دينار، فهو من دنانيره، فإِذا جاز حمْلُ قولِهِ «كذا من ديناري» على حبةٍ، وجَبَ مثله في قوله «كذا من دنانيري».

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِذَا أَوْصَىٰ بِجُزْءٍ مِنْ مَالِهِ وَلَهُ وَرَثَةٌ فَطَرِيقُ تَصْحِيحِ الوَصِيَّةِ أَنْ يُنْسَبَ جُزْءُ الوَصِيَّةِ إِلَىٰ مَا يَبْقَىٰ مِنَ الْمَالِ الَّذِي هُوَ مَخْرَجُ الوَصِيَّةِ وَيُزَادُ مِثْلَ نِسْبَتِهِ عَلَىٰ مَسْأَلَةِ الْوَرَثَةِ فَمَا بَلَغَ فَمِنْهُ تَصِحُّ المَسْأَلَتَانِ، وَبَيَانُهُ أَوْصَىٰ بِثُلُثِ مَالِهِ وَخَلَّفَ ابْنَيْنِ وَبِنْتَيْنِ فَمَسْأَلَةُ

---

(١) هذا الذي نقله عن الأستاذ غير محرر، فإن لفظ الأستاذ في كتاب القضايا: ولو قال أعطوه كذا في كذا مثل قوله خمسة في ستة فقد قال زفر وابن شبرمة: له العدد الأول من غير ضرب.

(٢) قال النووي: هذا في «زهاء» مشكل، لأن زهاء ألف، معناه في اللغة: قدر ألف، ولا يصدق ذلك على خمسمائة ودرهم. والله أعلم.
وهذا تابع فيه الأستاذ وكأنه بناه على أن زهاء معناه معظم وليس كذلك والمتجه إعطاء ألف درهم إن كان الموصى لغوياً نعم رأيت في كتاب الأخفش النحوي في باب ما يمد وزهاء كذا ونحوه. انتهى.

(٣) كذا قاله الأستاذ قال: وعن أهل الظاهر اثنان بناء على أن أقل الجمع اثنان ومقتضى ذلك أن يكون فيه وجه فإن الخلاف في المسألة الأصولية وجه عندنا.

الوَصِيَّةِ مِنْ ثَلاثَةٍ وَمَسْأَلَةُ الوَرَثَةِ مِنْ سِتَّةٍ وَنِسْبَةُ جُزْءِ الوَصِيَّةِ وَهُوَ وَاحِدٌ إِلَىٰ مَا بَقِي مِنْ مَخْرَجِهَا وَهُوَ الثَّلاثَةُ مِثْلَ النِّصْفِ إِذِ البَاقِي بَعْدَ إِخْرَاجِ الوَاحِدِ ٱثْنَانِ وَالوَاحِدُ مِثْلُ نِصْفِ ٱلاثْنَيْنِ فَيُزَادُ عَلَىٰ مَسْأَلَةِ الوَرَثَةِ وَهِيَ مِنْ سِتَّةٍ مِثْلُ نِصْفِهَا لِيَصِيرَ تِسْعَةً وَيُعْطَىٰ المُوصَىٰ لَهُ الثُّلُثَ ثَلاثَةً يَبْقَىٰ سِتَّةٌ تَصِحُّ عَلَىٰ الوَرَثَةِ، أَمَّا إِذَا أَوْصَىٰ بِمَا يَزِيدُ عَلَىٰ الثُّلُثِ وَرَدَّ مَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ فَطَرِيقُهُ أَنْ يَعْرِفَ نِسْبَةَ التَّفَاوُتِ بَيْنَ أَرْبَابِ الوَصَايَا حَالَةَ الإِجَازَةِ وَيُقَسِّمَ الثُّلُثَ بَيْنَهُمْ عَلَىٰ تِلْكَ النِّسْبَةِ، فَلَوْ أَوْصَىٰ لِوَاحِدٍ بِنِصْفٍ، وَلآخَرَ بِثُلُثٍ فَالْمَسْأَلَةُ مِنْ سِتَّةٍ عِنْدَ الإِجَازَةِ، لِلْمُوصَىٰ لَهُ بِالنِّصْفِ ثَلاثَةٌ وَلِلْمُوصَىٰ لَهُ بِالثُّلُثِ سَهْمَانِ، وَالمَجْمُوعُ خَمْسَةٌ وَالنِّسْبَةُ بَيْنَهُمَا بِالأَخْمَاسِ، فَنَطْلُبُ مَالاً لِثُلُثِهِ خُمْسٌ يُضْرَبُ ثُلُثُهُ فِي خُمْسِهِ وَهُوَ خَمْسَةَ عَشَرَ وَيُصْرَفُ ثَلاثَةٌ مِنَ الخَمْسَةِ إِلَىٰ المُوصَىٰ لَهُ بِالنِّصْفِ وَسَهْمَانِ إِلَىٰ المُوصَىٰ لَهُ بِالثُّلُثِ فَهَذَا طَرِيقُهُ، وَهَذَا الوَجِيزُ لاَ يَحْتَمِلُ أَكْثَرَ مِنْ هَذَا البَيَانِ فِي الْحِسَابِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: من له ورثةٌ، إذا أوصَىٰ بالجزء الشائع وأوردْنا قسمة التركَةِ بين الورثة والموصَىٰ له فإما أن يوصِيَ بالثلث فما دُونَهُ أو بأكثر من الثُّلُث.

القسم الأوَّل: إذا أوصَىٰ بالثلث فما دونَهُ، فله حالَتَانِ:

إِحداهما: أن تكونَ الوصيَّة بجزءٍ واحِدٍ، فتصحَّح مسألة الميراث عائلةً أو غيْرَ عائلة، وينظر في مخْرَج جزء الوصيَّة، ويخرج منه جزء الوصيَّة، ثم إن القسم الباقِي علَىٰ مسألة الورثة، صحَّت المسألتان، وذلك كما إذا أوصَىٰ بربع ماله، وخلَّف ثلاثة بَنِينَ، فمخرج جزء الوصيَّة أربعة، والباقي بعْد إِخراج الرُّبْعِ ينقسم على البنِينَ، وإِن لم يقسَّم، فلك طريقان:

أحدهما: أن تنظر في الباقِي وفي مسألة الورثة، فإِن تبايَنَا، ضربت مسألة الورثة في مخْرَج الوصية، وإِنْ توافقا، ضربْتَ وفْقَ مسألةِ الوَرَثَةِ في مخْرَج الوصية، فما بلغ، تُصحَّح منه القسمةُ، ثم مَنْ له شيْءٌ من مخرجِ الوصيَّة، أخذه مضروباً فيما ضربته في مَخْرَجِ الوصيَّة، ومن له شَيْءٌ مِن مسألة الورثَة، [أخذه] مضروباً فيما بقي من مخرَجِ الوصيَّة بعد إِخراج جزء الوصية، إِن كان الباقي مع مسألة الورثة متباينَيْنِ، وإِن كانَا متوافقَيْنِ، ففي وَفْقِ الباقي.

والثَّاني: وهو المذكورُ في الكتابِ: أن تَنْسُبَ جزءَ الوصيةِ إِلى البَاقِي من مَخْرَجِها بعدَ الجزءِ، وتزيدَ بمثلِ تلك النسبةِ علَىٰ مسألةِ الورثةِ، فما بلغَ، فمنه القسمةُ، فإِن كانَ فيهِ كسرٌ، ضربتَه في مخرجِ الكسرِ، فما بلغ تَصحُّ منه القسمةُ.

المثالُ: ثلاثةُ بنينَ وأوصَىٰ بثلثِ مالِه: مسألةُ الورثةِ من ثلاثةٍ، ومخْرَجُ الوصيةِ

ثلاثةٌ أيضاً، والبَاقِي بعدُ جزء الوصيةِ اثنانِ لا ينقسمانِ علَىٰ ثلاثةٍ فعلَىٰ الطَّريقِ الأوَّل؛ لا موافقةَ بيْنَ الاثنينِ والثلاثةِ، فتضرِبُ ثلاثةً في مخرجِ الوصيَّةِ؛ تبلغُ تسعةً، منها تصحُّ القسمةُ، كان للمُوصَىٰ لَهُ سهمٌ، فيأخذه مضروباً في الثلاثةِ الَّتي ضرَبنَاها في مخرجِ الوصيةِ، وكانَ لكلِّ ابنٍ سهمٌ من مسألةِ الورثةِ، فيأخذُه مضروباً في البَاقِي من مخرجِ الوصيَّةِ بعدَ إخراجِ جزءِ الوصيَّةِ، وهو اثنانِ، وعلَى الطريقِ الثَّاني؛ تقول: جزءُ الوصيَّةِ نصفُ البَاقِي من مَخرِجها، فتزيد علىٰ مسألةِ الورثةِ نصفَها، تكونُ أربعةً ونصفاً، تبسطُهَا أنصافاً؛ تبلغُ تسعةً.

أبوان وخمسُ بنات، وأوْصَىٰ بخُمْسِ ماله؛ مسألةُ الورثةِ: من ستةٍ، وتصحُّ من ثلاثينَ، ومخرجُ جزءِ الوصيةِ خمسةٌ، والبَاقِي بعدَ إخراجِ جزءِ الوصيَّةِ أربعةٌ لا تصِحُّ علَىٰ الثلاثِينَ؛ فعلَى الطريقِ الأوَّلِ هما متوافقانِ بالنِّصْفِ، فتضربُ نصفَ مسألةِ الورثةِ، وهو خمسةَ عشَرَ، في مَخْرَجِ الوصيَّةِ؛ تبلغُ خمسةً وسبعينَ، كانَ للمُوصىٰ له سهمٌ من مخرجِ الوصيَّةِ يأخذُه مضروباً في خمسةَ عشَرَ، وكانَ لكلِّ واحدٍ من الأبويْنِ خمسةً من مسألةِ الورثةِ، يأخذه مضروباً في نصفِ الأربعةِ البَاقيةِ من مخرجِ الوصيَّةِ، تكونُ عَشرةً، وكانَ لكلِّ واحدةٍ من البناتِ أربعةٌ، تأخذُهَا مضروبةً في نصفِ الأربَعةِ، تكونُ ثمانيةً.

وعلَى الطريقِ الثَّاني، تقول: الجزءُ المُخْرَجُ مثلُ رُبعِ البَاقِي، فتزيد على الثلاثين ربعَها، وهو سبعةٌ ونصفٌ، نبسطُها أنصافاً، تكونُ خمسةً وسبعينَ.

أبوانِ وبنتانِ، أو ابنانِ وبنتانِ، وأوْصَىٰ بالثُّلثِ، وهذا المثالُ مذكورٌ في الكتابِ مسألةُ الوصيةِ: من ثلاثةٍ، ومسألةُ الورثةِ من ستةٍ، والبَاقِي بعدَ إخراجِ الجزءِ سهمانِ لا ينقسمانِ علَىٰ ستةٍ؛ فعلَى الطريقِ الأوَّلِ نقولُ: هما مُتوافقَانِ بالنصفِ، فنضربُ نصفَ الستةِ، وهو ثلاثةٌ فِي مخْرَجِ الوصيةِ؛ تكونُ تسعةً، كانَ للموصَىٰ لَه سهمٌ من مخرجِ الوصيةِ، يأخذُه مضروباً في ثلاثةٍ، وكان لكلِّ ابنٍ سهمانِ من مسألةِ الورثةِ، يأخذُهُما مضروبين في نصفِ البَاقِي من مخْرَجِ الوصيَّةِ، وهُوَ واحدٌ، وكانَ لكلِّ بِنْتٍ سهمٌ، تأخذه مضروباً في واحدٍ.

وعلَىٰ الطريقِ الثَّاني تقولُ: جزءُ الوصيَّةِ نصفُ البَاقِي من مخرجِها، فتزيد علَىٰ مسألةِ الوَرَثةِ نصفَها، تكونُ تسعةً وعَبَّرَ بعضُهُمْ عنِ الطَّريقَةِ الثانية بعبارةٍ أَقْصَرَ؛ فقالَ: يُزَادُ علَىٰ مسألةِ الوَرثةِ مثلُ الجزءِ الَّذي هُوَ قبلَ جزءِ الوصيَّةِ، فإن كانتِ الوصيَّةُ بالثُّلُثِ، يزادُ علَيْهَا النصفُ، وإنْ كانَ بالربعِ، فالثُّلُثُ، وإنْ كانَ بالخُمُسِ، فالرُّبُعُ، وعلَىٰ هَذا.

الحالةُ الثانيةُ: أن تَكُونَ الوصيةُ بجزئَيْنِ فصَاعِداً، فيُؤْخَذُ مخرجُ الجزئَيْنِ بالطَّرِيقِ الَّذي بيَّنَّاه في أصولِ مسائلِ الفرائضِ، ثمَّ العَمَلُ علَى ما تبين في الحالةِ الأولَىٰ: المثالُ: أَبَوانِ، وأَوْصَىٰ بثُمُنِ مالِهِ لرَجُلٍ، وبخُمُسِهِ لآخَرَ: مَسألةُ الورثةِ من ثلاثةٍ،

ومخرجُ الجزئَيْنِ أربعُونَ، يُخرَجُ منهمَا الخُمُسُ ثمانيةً، والثُّمنُ خمسةً، تَبقى سبعةٌ وعشرونَ، وتصحُّ علَى ثلاثةٍ.

ثلاثةُ بنين، وأوْصَىٰ بربُعِ مالِهِ لرجلٍ وبنصف سدسه لآخَر: مسألةُ الورثةِ من ثلاثةٍ ومخرَجُ الوصيتين: اثنا عشرَ، ومجموعُ الجزئَيْنِ أربعةٌ، إذا أخرَجْنَاها، يَبْقَىٰ ثمانيةٌ، لا تصحُّ علَىٰ ثلاثةٍ.

فعَلى الطريق الأوَّلِ نقول: لا موافَقَةَ، فنضربُ ثلاثةً فِي اثْنَيْ عَشَرَ تبلُغُ ستَّةً وثَلاثِينَ، منها تصحُّ القِسْمَةُ.

وعلَىٰ الثَّانِي نقول: ما خَرَجَ بالوصِيَّتَيْنِ نصفُ البَاقِي من مخرجهما فنزيدُ على مسألةِ الوَرَثَةِ نِصْفَهَا، يبلغُ أربعةً ونصفاً، نبسطُها أيضاً أنْصَافاً، فتكُونُ تسعةً، لكن نصيب المُوصَىٰ لَهُمَا من مخرج الوصيَّتَيْنِ أربعة، والَّذي يصيبُهُما من التِّسْعَةِ ثلاثةٌ، وثلاثةٌ لا يَنْقَسِمُ علَىٰ أربعةٍ ولا موافقةَ، تُضْرَبُ الأربعَة في تسعةٍ، تبلغُ سِتَّةً وثلاثِينَ، ولَوْ كَانَ البنونَ ستةً، والوصيَّتَانِ بحالِهِمَا؛ فعلَىٰ الطَّرِيقِ الأوَّلِ نقولُ: البَاقِي، وهُو ثمانيةٌ لا يصحُّ علَىٰ ستةٍ، ولكنْ يتوافَقَانِ بالنِّصفِ، فَنَضرِبُ نصفَ السِّتَةِ في اثْنَيْ عشَر، تبلغُ ستةً وثَلاثِينَ، والطريقُ الثَّاني كَمَا سَبَقَ.

القسمُ الثَّانِي: إذا أَوْصَىٰ بأكْثَرَ منَ الثُّلُثِ فيُنْظَرُ: إنْ كانَتِ الوصيةُ لِشَخْصٍ واحدٍ أو لجماعةٍ يشترِكُونَ فيه: إمَّا بجزءٍ؛ كالنِّصفِ، أوْ بجزئَيْنِ؛ كالنِّصفِ والرُّبعِ، فمدارُ المسألة كما سبق في إجازةِ الوَرَثَةِ وردِّهم، وقدْ سبقَ بيانُ الحُكْم والحسابِ، وإنْ أوْصَىٰ لواحدٍ بجزءٍ، ولآخَرَ بجزءٍ، فهَا هُنَا يزدادُ النَّظَرُ في الحسابِ، فإنْ أجازَ الورثةُ، دُفِعَ إلَىٰ كلِّ واحدٍ منهم ما سُمِّيَ له، وقُسِّمَ البَاقِي بينَ الوَرَثَةِ، وطريقُ القِسْمَةِ ما مرَّ فِي القِسْمِ الأوَّلِ وإنْ رَدُّوا ما زادَ علَى الثُّلُثِ، قُسِّمَ الثُّلُثُ بينَهُم علَىٰ قدر نسبة أنصبائِهِمْ بتقدِيرِ الإجازَةِ، ولا فَرْقَ بينَ أن يزيدَ على أحدِ الجُزْئَيْنِ وحده علَى الثُّلُثِ كالنِّصْفِ والثُّلُث، أو لاَ يزيدَ واحدٌ منهما؛ كالثُّلُثِ والربع.

وقالَ أبو حنيفةَ - رحمه الله -: إنْ لَمْ يكنْ في الأجزاءِ ما يزيدُ علَى الثُّلُثِ يُقَسَّمُ هكَذا على التَّفَاوُتِ، وإنْ كانَ فيها ما يزيدُ علَىٰ وحده على الثُّلُث، فلا نعتبرُ الزيادَةَ في القِسْمَةِ عنْدَ الرَّدِّ، حتَّىٰ لو أَوْصَىٰ لواحدٍ بالنِّصْفِ، ولآخَرَ بالثُّلُثِ، وردَّ الورثةُ، قُسِّم الثلثُ بينهمَا بالسَّويَّة.

لنا: أنَّه أَوْصَىٰ بجزئَيْنِ مختلفَيْنِ لشخصين، فإذَا ارتدَّتِ القسمةُ إلى الثُّلُثِ، رُوعِيَ تفاوتُ الجزئَينِ، كَما لو أَوْصَىٰ بجزئَيْنِ لا يرتد واحدٌ منهما على الثُّلثُ.

المثالُ: أبوانِ وابنانِ، وأوْصَىٰ لِواحدٍ بنصفِ مالِهِ، ولآخَرَ بالثُّلُثِ، وأجَازُوا

الوصِيَّتَيْنِ، فمسألَةُ الورثة من ستَّةٍ، ومخرجُ الوصيَّةِ من ستةٍ أيضاً، والبَاقِي بعدَ إخراج جُزْءَي الوصيَّةِ لا ينقسِمُ علَىٰ ستةٍ، فسبيلُ القِسْمَةِ على الطَّرِيقِ الأوَّل: أنْ تُضْرَبَ الستَّةُ في مخرجِ الوصيَّتَيْنِ، تصيرُ ستةً وثلاثينَ.

وعلى الثَّانِي أَنْ نقولَ: جزءُ الوصيَّةِ خمسةُ أَمثالِ البَاقِي من مخرَجِهَا، فيزادُ على مسألةِ الورثةِ خمسةُ أمثالِها، تبلغ ستةً وثَلاثِينَ، فمنها تصحُّ القِسْمةُ، وإنْ رَدُّوا الوصيَّتَيْنِ إلى الثُّلثِ، قَسَّمْنَا الثُّلُثَ بينُهمْ علىٰ خمسةٍ؛ لأَنَّ نَصِيبَهُمَا بتقديرِ الإِجَازَةِ خمسةُ أَسهمٍ من ستةٍ، ولَك طريقَانِ:

أَحَدُهُما: أَن تَنْظُرَ إِلَىٰ ما زادَ من جُمْلةِ الوَصايا علَى الثُّلثِ، وَتَنْقُصَ بتلكَ النِّسْبَةِ عن نصيبِ كلِّ واحدٍ من المُوصَىٰ لَهُمْ، ونسبةِ ما زادَ في هَذِه الصورةِ ثلاثةُ أَخماسٍ لأَنَّ مجموعَ الوصيَّتَيْنِ بخمسةٍ من ستةٍ، لكنَّ مخرجَ الوصيَّتَيْنِ لاَ خُمْسَ لَه، ونصيبُ كلِّ واحدٍ منهما لا خُمْسَ له، فنضربُ مخرجَ الخُمُسِ في ستةٍ، يكونُ ثَلاثِينَ، منها خمسةَ عشرَ للمُوصَىٰ له بالنِّصفِ، وعشرةٌ للمُوصَىٰ له بالثُّلثِ، فينقصُ كلُّ واحدٍ من النَّصِيبَيْنِ ثلاثةُ أَخماسِهِ، يبْقَىٰ للأوَّل سُتَّةٌ، وللثَّانِي أربعةٌ، والبَاقِي عشرونَ للوَرَثَةِ، وهَذِه الأنصباء مُتوافقةٌ بالنِّصفِ، فتردها إلى أنصافِها، وتُقَسَّمُ من خمسةَ عشرَ.

والثَّانِي: أَنَّا إذا كنَّا نقسمُ الثُّلثَ بينهما أَخْمَاساً، فالستَّةُ الَّتي هِيَ مخرجُ الوصيَّتَيْنِ، لا تنقسم ثلُثُها أَخماساً فنطلب مالاً لثلثه خمس فنَضرِبُ مخرجَ الثلثِ في مَخْرَجِ الخُمُسِ، يكونُ خَمْسَةَ عَشرَ، يُدْفَعُ ثُلُثُهَا إِليهِمَا: ثلاثةٌ إِلى المُوصَىٰ له بالنِّصفِ، واثنينِ إلى الآخرِ؛ تَبْقَىٰ عَشَرَةُ للورثةِ، ومسأَلَتُهُمْ من ستَّةٍ، وعَشَرةٌ لا تصحُّ على ستةٍ، لكنْ يتوافقانِ بالنِّصفِ، فنضرب نصفَ الستَّةِ، فمَا صحَّتْ منه الوصيَّتانِ، وهو خمسةَ عشر، يكونُ خمسةً وأربعينَ، منها تصحُّ القِسْمَةُ، هَذا إذا لَمْ تستغرِق الوصيَّةُ المَالَ، بلْ بَقِيَ منه شيءٌ، فإنِ استغرقتْ، وأَجازَ الورثةُ قَسْمَ المالِ بين أَربابِ الوَصَايَا، وإنْ ردُّوا قُسِّمَ الثُّلثِ بينَهُم على نسبةِ أَنْصِبَائِهِمْ بتقديرِ الإِجَازَةِ، وإن زادَتِ الوَصِيَّةُ على المَالِ، كَمَا إذا أَوْصَىٰ لواحدٍ بجميعِ مالِهِ، ولآخَرَ بثُلُثِهِ، فإنْ أجازُوا، فقدْ عَالَتِ المسألَةُ بثُلثِها إِلى أَربعةٍ فيقسَّمُ المالُ بينَهُمَا علَىٰ أربعةٍ: للمُوصَىٰ له بالجميع ثلاثةٌ، وللآخر واحدٌ، وإنْ رَدُّوا، قُسِّمَ الثلثُ بينَهُمَا على أربعةٍ، وتكونُ قسمةِ الوصيَّةِ مِن اثنَيْ عَشَرَ، قال أبو حنيفَةَ ـ رحمه الله ـ: وإنْ ردُّوا، قُسِّمَ الثلثُ بينهُما بالسَّوِيَّةِ، وإنْ أَجازوا ففيهِ رواياتٌ:

مِنْهَا أَنَّ صاحبَ الجميع ينفردُ بِدَعْوَى الثُّلثينِ، فيسلَّمُ له الثُّلثَانِ، ويتزاحَمَانِ معاً في الثُّلث، فيشترِكَانِ فيهِ، فيكونُ لصاحِبِ الجميعِ خمسةُ أَسداسٍ، وللآخر سدسٌ.

ومنْها: أَنَّ الوصِيَّةَ بالثلثِ لازمةٌ فيستويانِ فيه، ثمَّ المُوصَىٰ له بالجميع يأْخُذُ نصفَ المالِ؛ لأَنَّه لا مُنَازِعَ فيهِ، يبقَى من المالِ سدسٌ يتنازَعانِ فيه فيكونُ بينَهُمَا،

فيحصلُ للأوَّل ثلاثةُ أرباعٍ، وللآخرِ ربعٌ وَلَوْ أَوْصَىٰ لواحدٍ بنصفِ مالِهِ، ولآخَرَ بالثُّلُثِ ولآخرَ بالرُّبعِ؛ فإِنْ أَجازَ الورثةُ، قُسِّم المالُ بينهُمْ علَىٰ ثلاثةَ عشرَ سهماً، وإِنْ رَدُّوا، قُسِّمَ الثُّلُثُ عَلَىٰ ثلاثةَ عَشَرَ، وقال أَبو حنيفَةَ ـ رحمه الله ـ إنه إِنْ أَجازُوا، سُلِّمَ لصَاحِبِ النِّصْفِ السدسُ الَّذي يفضلُ به على [صاحب][1] الثُّلُثِ، ثمَّ كُلُّ واحدٍ من صاحبِ النصْفِ، وصاحبِ الثُّلثِ، يفضُلُ صاحبَ الربع بنِصفِ سدسٍ، فيأْخُذُ كلُّ واحدٍ منهما نصفَ سدسِ المَالِ، ثُمَّ يُقَسَّمُ البَاقِي بينَهُمْ أَثلاثاً وإِنْ رَدُّوا، فالمُوصَىٰ به بأكثرَ من الثُّلثِ لاَ يضربُ إِلاَّ بالثُّلُثِ، ويُقَسَّمُ الثُّلثُ بينَهُمْ علَىٰ أحدَ عشرَ سهماً: لصاحِبِ النِّصف أَربعةٌ، ولصاحبِ الثُّلثِ كَذلك ولصاحبِ الربعِ ثَلاَثَةٌ.

ولو أَوْصَىٰ لإِنسَانٍ بعَبْدٍ قيمتُه مائةٌ ولِلآخَرَ بدارٍ قيمتُها أَلفٌ، ولِآخَرَ بخمسمائةٍ وثُلُثُ مالِهِ ثَمَانِمَائةٍ، فقدْ أَوْصَىٰ بثلثَيْ مالِهِ، فإِنْ أجاز الورثةُ، فذَاكَ، وإِلاَّ، فالزَّائدُ علَىٰ الثلثِ مثلُ نصف جميعِ الوَصَايَا، فتردُّ كلُّ وصيَّةٍ إِلَىٰ نصفِهَا، ويُخَصُّ كلُّ واحدٍ منهُمْ بنِصْفِ ما عُيِّنَ لَهُ.

ولو أَوْصَىٰ لزيدٍ بعَشَرَةٍ، ولعبدِ اللَّهِ بعَشَرةٍ، ولخالدٍ بخمسةٍ، وثلُثُ مالِه عشرونُ، ولمْ يُجِزِ الورثةُ، قُسِّمَ العشرونَ بينَهُمْ علَىٰ خمسةِ أسهُمٍ: لكلِّ واحدٍ من الأَوَّلَيْنِ ثمانيةٌ، ولخالدٍ أربعةٌ: وذَلِكَ لأَنَّهم لو أَجازوا، لكانَ الخمسَةُ والعشرونَ بينهم علَىٰ خمسةِ أَسهمٍ، ولَوْ كَانَتِ المسأَلَةُ بحالِها، وقالَ: قَدِّموا خالداً علَىٰ عبدِ اللَّهِ؛ قالَ ابنُ الحدَّادِ ـ رحمَهُ الله ـ لزيدٍ ثمانيةٌ، ولعبدِ اللَّهِ سبعةٌ، ولخالدٍ خمسةٌ؛ وذلك لأَنَّه قدَّمَ خالداً على عبدِ اللَّه، فتممنا لهُ الخمسةَ الَّتي كان يأخذُهَا، لو أُجيزتِ الوصَايَا، وأَدْخَلْنَا النَّقْصَ علَىٰ عبدِ اللَّهِ ولو قال؛ قَدِّمُوا خالداً عليهما، فنتم له الخمسة، ويُدْخِلُ النَّقْص عليهما بالسَّويَّة، فيكونُ لكلِّ واحدٍ سبعةٌ ونصف.

ولو أُوْصَىٰ بعبدٍ لزيدٍ، ولعمرو بما بَقِيَ من ثلثِ مالِه، نَظَرْنَا في مالِهِ عند الموتِ: فإِنْ خَرَجَ العبدُ من [الثلث دفعنا إلى زيد ودفعنا إلى عمرو الباقي من][2] الثُّلث، فإِنْ بَقِيَ شيءٌ، وإِلاَّ، بَطَلَتِ الوصيَّةُ له، وإِنْ ماتَ العبدُ قبلَ موتِ المُوصِي، لم يُحْسَبْ من التركةِ، ويُنظر في سائرِ أموالِهِ، فَيُحَطُّ من ثلثِهَا قيمةُ العبدِ، ويدفعُ البَاقي إِلَىٰ عمرو، فإِنْ لَمْ يبقَ شيءٌ، فالوصيَّتَانِ لاغِيَتَانِ، وإِنْ ماتَ بعدَ موتِ المُوصِي، عُدَّ من التركةِ وَحُسِبَتْ قيمتُه من الثُّلثِ، فإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ، دُفِعَ إلى عمرو ولو لَمْ يكنْ له مالٌ سوى العبدِ، فأَوْصَىٰ لزيدٍ به، ولعمرو بثلاثةٍ، أو بثلثِ مالِهِ، ولَمْ يجر لفظُ «يَقْتَضِي» الرجوعَ عن الوصيَّةِ الأولَىٰ، فإِنْ أَجازَ الورثةُ، قُسِّمَ العبْدُ بينَهُمَا أرباعاً: لزيدٍ ثلاثةُ أرباعِهِ،

(١) سقط في: أ، ز.
(٢) سقط في: ز.

ولعمرو ربعُهُ، وإنْ لمْ يُجيزُوا، قسّم الثلثُ كذلِكَ، وإنْ كانَ له مالٌ آخرَ، والوصِيَّتَان هكذا، كَمَا إذا كانَ له سواه ألفانِ، وقيمةُ العبدِ ألفُ: فإنْ أجَازَ الورثةُ، جُعِلَ العبدُ بينَهُمَا أرباعاً، ولعمرو مع ربع العبدِ ثلثُ الألْفَيْن، وإذا كانَ العبدُ الَّذي هو ثلثُ المَالِ أربعةً، كانَ الألِفَانِ، وهما ثُلثَاه ثمانيةً؛ لكنْ لَيْسَ للثمانيةِ ثلثٌ، فنضربُ مَخْرَج الثُّلثِ في اثني عَشَرَ، يكونُ ستَّةً وثَلاثِينَ؛ العبدُ منها اثنا عشرَ، تسعةٌ منه لزيدٍ، وثلاثةٌ مع ثمانيةٍ من البَاقِي لعمرو، والبَاقِي للورثةِ، وإنْ رَدَّ الورثَةُ، قُسِّمَ الثلثُ بينَهُمَا علَى عشرينَ سهماً؛ لأنَّ جملةَ سِهَام الوَصايَا حالةَ الإجَازَةِ عِشْرُونَ، وإذا كانَ العبدُ، وهو ثلثُ المالِ عشرين، كانَ الجميعُ ستينَ، لزيدٍ تِسْعَةٌ من العبدِ، ولعمرو ثلاثةٌ منه، وثمانيةُ أسهم من البَاقِي؛ كَما كانَ في حالِ الإجازة؛ يَبْقَىٰ للورثة ثَمانيةُ أسهم من العبدِ، واثنانِ وثَلاثون من البَاقِي، وذلكَ أربعونَ ضعْفِ سهامِ الوصيَّة، وجميعُ مَا ذكَرنا فيما إذَا جَازَ جميعُ الورثةِ جميعَ الوصَايَا، أورَدَّ جميعُهم إلِىَ الثُّلثِ، وَوَرَاءَهُمَا حالاتٌ خَمْسٌ.

إحْدَاهَا: أن يُجِيزُوا جميعاً بعضَها، دونَ بعضٍ.

والثَّانِية: أَن يجيزَ بعضُهُم جميعاً، ويردَّ بعضُهُم جميعاً.

والثالثةُ: أَن يجيزَ بعضُهُم جميعاً، وبعضُهُم بعضاً دون بعضٍ.

والرابعةُ: أَنْ يردَّ بعضُهُم جميعاً، وبعضُهم بعضاً دون بعض.

الخامسةُ: أَن يجيزَ بعضُهم بعضاً، وبعضُهم البعضَ الآخرَ.

والطريقُ في هذه الأحوالِ أنْ يُصحِّحُ المسألةُ على تقديرِ الإجازَةِ المطلقَةِ، وعلى تقدير الردِّ المطلق، فإنْ تماثلتِ المسألتانِ، اكتفَيْتَ بواحدةٍ منهُمَا، وإنْ تداخَلَتَا، اكتفيتَ بالأكثرِ، واسْتَدْعَيْتَ عنَ الضَّرْبِ، وإنْ تَبَايَنَتَا، ضَرَبْتَ إحداهُمَا في الأُخرَىٰ، وإنْ توافَقَتَا، ضَرَبْتَ جزءَ الوَفْقِ من إحداهِمَا في الأُخرَىٰ، ثمَّ يقسَّمُ المالُ بينَهُمَ علَىٰ تقديرِ الإجازَةِ، والردِّ جميعاً من ذلكَ العددِ، ويُنْظَرُ في الحاصلِ لكلِّ مجيزٍ علَىٰ التقديرَيْنِ، فيكونُ قدرُ التَّفاوتِ بينهمَا لمنْ أَجَازَ له.

المثالُ: ابنانِ، وأَوْصَىٰ لزيدٍ بنصفِ مالِهِ، ولعمرو بالثّلثِ المسألةُ علَىٰ تقدير الإجازَةِ: من اثْنَيْ عشرَ، وعلَى تقديرِ الردِّ: من خمسةَ عشرَ، وهُمَا متوافقانِ بالثُّلثِ، فنضربُ ثلثَ إحداهِمَا في الآخرِ، تبلغُ ستِّينَ: لزيدٍ منها؛ علَىٰ تقديرِ الإجَازَةِ المطلقةِ: ثلاثونَ، ولعمرو: عشرونَ، ولكلِّ ابنٍ خمسةٌ، ولزيدٍ؛ علَىٰ تقديرِ الردِّ المطلقِ: اثنا عشَرَ، ولعمرو: ثمانية، ولكلِّ ابنِ عشرونَ، والتفاوتُ بين نصيبِ كلِّ ابنٍ بخمسةَ عشرَ، وإنْ أجازُوا وصيةَ زيدٍ، فقدْ سامَحَه كلُّ واحدٍ منهمَا بتسعةٍ فيتم له ثلاثونَ؛ ويبقَى لكلِّ واحدٍ أحدَ عشرَ، وإنْ أجازَا وصيةَ عمرو، فقد سامَحَهُ كلُّ واحدٍ بستةٍ، فيتم له

عشرونَ، ولكلِّ واحدٍ أربعةَ عشرَ، وإنْ أَجَازَ أحدُهمَا الوصيَّتَيْنِ، وردَّهُما الآخرُ فقد سامحَ المجيزُ زيداً بتسعةٍ، وعمراً بستةٍ، فيكونُ لزيدٍ أحدٌ وعشرون، ولعمرو أربعةَ عشرَ، وللمجيزِ خمسةٌ، وللآخرِ عشرونَ، وإنْ أَجَازَ أحدهُمَا الوصيَّتَيْنِ، وردَّهُمَا الآخرُ، فقد سامحَ المجيزُ زيداً بتسعةٍ، وعمراً بستةٍ، فيكونُ لزيدٍ أحدُ وعشرون، ولعمرو أربعةَ عشرَ، وللمجيزِ خمسةٌ، وللآخرِ عشرونُ، وإنْ أجازَ أحدُهُمَا الوصيَّتَيْنِ، وأجَازَ الآخرُ، وصيةُ زَيْدٍ، تم لزيدٍ ثلاثونَ، وإنْ أجازَ الآخرُ وصيةَ عمرو، تَمَّ له عشرونُ، وإنْ أجازَ أحدهُمَا وصيةَ زيدٍ، والآخرُ وصيةَ عمرو، فهذا سامحَ زيداً بتسعةٍ، وذاك سامحَ عمراً بستةٍ، فيكونُ لزيدٍ أحدُ وعشرون، ولمجيزِ وصيَّتِه أحدَ عشر، ولعمرو أربعةَ عشر، ولمجيزِ وصيَّتِه، مثلُ ذلِكَ.

ابنان، وأوْصَىٰ لزيدٍ بجميع مالِهِ، ولعمرو بثلثِ مالِهِ؛ علَىٰ تقديرِ الإجازَةِ المطلقَةِ، من أربعةٍ: ثلاثةٌ لزيد، وواحدٌ لعمرو؛ علَىٰ تقديرِ الردِّ المطلَقِ: من اثنَيْ عشرَ: لزيدٍ ثلاثةٌ، ولعمرو وواحدٌ، ولكلِّ ابنٍ أربعةٌ، والأربعةُ داخلةٌ في الاثنَيْ عشر، فنكتفي بهَا، إن أجازَ وصيَّتة زَيْدٍ، فقَدْ سامحَه كلُّ واحدٍ منهما بثلاثةٍ، فيتمُّ له ثلاثةُ أرباعِ المالِ، وإنْ أجَازَ وصيةَ عمرو، فقدْ سامَحَه كلُّ واحدٍ منهما بسهْمٍ، فيتم له [ربع][1] المالُ، وإنْ أجازَ أحدُهُمَا وصيَّةَ زيدٍ، والآخرُ وصيةَ عمرو، فالَّذيَ أجازَ لزيدٍ سامَحَه بثلثه؛ يبقَىٰ له واحدٌ، ويحصُلُ لزيدٍ ستةٌ، والَّذي أجَازَ لعمرو، وسامَحَه بسهم، يبقَىٰ له ثلاثةٌ، ويحصلُ لعمرو سهمانِ، وَقِسي علَىٰ هَذا ما أردتُّ، وباللَّهِ التوفيقُ، فهَٰذَا شرحُ ما في الكتَاب.

وأمَّا قسْم الحساب [من][2] المسائلَ الَّتي يُحْتَاجُ فيها إلَى الجَبر والمقابلةِ؛ من الوصَايَا وغيرِها: فإنَّ من صاحبَ الكتابِ لم يُوردْ شيئاً منها، ونحنُ لاَ نجدُ من النفسِ إهمالَهَا؛ لكنَّ إشباعَ القولِ فيها يُحْوِجُ إلىٰ ذكرِ المسائلِ السِّتِّ الجبريةِ وأُصُولِها، وأُصولَ طريقةِ الخطائين وغيرِها، وَيَنْجَرُّ إلَىٰ ما يطولُ الخَطْبُ فيه، وهو مَنٌّ برأسِه، وإنَّما يحسبُ البسطُ فيه، إذا أُفرِدَ، واحداً قصداً فاقتَدَيْنَا بعامَّةِ الأصحاب في سلوكِ مَسْلَكٍ وسَطٍ، وأوْرَدْنَا من كلِّ نوع منها فُصُولاً في ثلاثةِ أبوابٍ؛ مقتصرينَ علَىٰ استعمالِ ما يتفقُ من طريقِ الحُسَّابِ في كلِّ مسألةٍ، دونَ أن نَسْتوعبَها، أو نَتَكلَّمَ في أصولِها، وَمَأَخذِهَا.

أحدُ المسائلِ الدوريةِ: من الوَصَايَا.

والثاني: في المسائلِ الدوريَّةِ، في سائرِ التصرُّفَاتِ الشرعيةِ.

والثَّالثُ: في مسائلِ العَين والدَّيْنِ، والاستعانةُ باللَّه تعَالَىٰ.

---

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

اَلْبَابُ الأَوَّلُ فِي الدَّوْرِيَّاتِ مِنَ الْوَصَايَا

فَصْلٌ في الوصيَّةِ بنصيبِ أحدِ الورثةِ وبجزءٍ شائعٍ من المال

الجزءُ الشائعُ قد يكونُ مضافاً إلى ما يبقى من المالِ بعدَ النَّصيبَ، وقد يكونُ مضافاً إلى جميعِ المالِ، فإنْ كانَ مضافاً إلى جميعِ المالِ، نُظِرَ: إنْ لم يزدْ جملةُ المُوصَىٰ به على الثُّلثِ جُعِلَ المُوصَىٰ لَه النصيب؛ كأحدِ الورثةِ، وصُحِّحَتْ مسألةُ الورثةِ، ثم يؤخذُ مخرجُ الوصيَّةِ، ويُخْرَجُ منه جزءُ الوصيَّةِ، وينظرُ، هلْ ينقسم البَاقِي على مسألةِ الورثةِ، إنِ انقسَمَ، فذاكَ، وإلاَّ، فطريقُ التَّصحيحِ ما سبقَ، وإن زادت على الثلثِ، وأجازَ الورثةُ، فكذلك الحسابُ والجوابُ[1]، وإنْ لَمْ يُجيزوا، قُسِّمَ الثُّلثُ على نسبةِ القِسمةِ عندَ الإجازةِ.

المِثالُ: ثلاثةُ بنينَ، وأوصَىٰ بمثلِ نصيبِ أحدِهم، ولآخَرَ بعُشْرِ الْمَالِ؛ فمسألةُ الورثةِ والمُوصَىٰ لَه بالنَّصيبِ من أربعةٍ، ومخرجُ الجُزْءِ عَشَرَةٌ يبقَىٰ منها بعدَ إخراجِ الجزءِ تسعةٌ، لا تنقسِمُ على أربعةٍ، ولا موافِقَة، فَتُضْرَبُ أربعةً في عَشَرَةٍ، تبلغُ أربعينَ، للمُوصَىٰ لَه بالعُشْر أربعةٌ، ولكلِّ واحدٍ من البنينَ والمُوصَىٰ لَه بالنَّصيبِ تسعةٌ، وجملة الوصيَّتَيْنِ ثلاثةَ عشر، وإنْ أردتَّ استخراجَه بطريقِ الجَبْرِ، فَخُذْ مالاً، وأَسقِطْ منه نصيباً؛ يَبْقَىٰ مالٌ سوَىٰ نصيبٍ، أَسْقِطْ منه عُشْرَ جَمِيعَ المالِ للوصيَّةِ الأُخْرَىٰ، تبقَىٰ تسعةُ أعشَارِ مالٍ سوى نصيبٍ، يعدل ثلاثة أنصباء، تُجبرُ وتقابل، يكون تسعةَ أعشارِ مالٍ معادلةَ لأربعةِ[2] أنصباءَ، فاضرِب الأربعةَ في مالٍ له عُشْرٌ، وأقلُّه عشرة، يكون أربعين، كما خرج بالطَّريق الأوَّل، وإن كانَ الجزءُ مضافاً إلى ما تبقى من المالِ بعدَ النَّصيبِ؛ مثل أنْ يختلفَ ثلاثةُ بنين، ويوصى لزيدٍ بمثل نصيبِ أحدِهم، ولعمرو بسدُسِ ما تبقَّىٰ من المالِ بعد النصيبِ، فالمقصودُ من هٰذه المَسْأَلَةِ وما في معناها، يُعْرفُ بطريقٍ.

ومنها طريقةُ الجبرِ، ولها وجوهٌ: أسهلُها أن تأخذَ مالاً، وتُسقطُ منه نصيباً لزيدٍ، ويبقى مالُ سوى نصيباً، يسقُطُ سدسُه لعمرو، تبقَّى خمسةُ أسداسِ مالٍ إلاَّ خمسةَ أسداسِ نصيبٍ، يعدِلُ أنصباءَ الورثةِ، وهي ثلاثة فَتُجْبَرُ وتُقَابَلُ، فيكونُ خمسةَ أسداسِ مالٍ مُعَادِلَةً لثلاثةَ أنصباء وخمسة أسداسِ نصيبٍ، فَتُضربُ ثلاثةٌ وخمسةُ أسداسِ مالٍ في أقلِّ عددٍ له سُدُسٌ، وهو ستَّةٌ، تكونُ ثلاثةً وعشرين: النَّصيبُ من ذلكِ خمسةٌ، تَبقَىٰ ثمانيةَ عَشَرَ، سُدُسُهَا لعمرو، تبقَىٰ خمسةَ عَشَرَ؛ لكلِّ ابنٍ خمسةٌ، وهذا ما كان يستعملُه الحَسنُ بْنُ أحمدَ بْنِ حَسَّانِ الفَرائِضِيُّ القَزْوِينِيُّ، وهو من المتقدِّمين.

---

(١) في ب: والحكم.

(٢) في ب: ثلاثة.

ومنهما: أن يُجعَلَ المالُ كلُّه ديناراً وستةَ دراهم، والوصيةُ بالسدسِ تجعلُ الدينارَ نصيبَ زيدٍ، ودرهماً من الستةِ لعمرو؛ يبقَىٰ خمسةُ دراهمَ للبنَين؛ لكلِّ واحدٍ منهم درهمٌ وثلثانِ؛ فعلمنا أنَّ قيمةَ الدينارِ درهمٌ وثلثانِ، وكنَّا جعلنا المالَ ديناراً وستة دراهم، فَهُو إذن سبعةُ دراهمَ وثلثانِ، فنبسطها أثلاثاً، تكونُ ثلاثةً وعشرينَ، وتسمَّىٰ هذه الصورة طريقةَ الدينارِ والدراهم.

قال الأستاذُ أبو منصور: ربما سُمِّيَتِ العُثْمَانِيَةُ؛ لأنَّ عثمانَ بْنَ أَبِي ربيعةَ الباهِليَّ[1] كانَ يستعْمِلُهَا.

ومنهَا: مسألةُ الوَرثةِ من ثلاثةِ سهام، فيكونُ لزيدٍ سهمٌ مثلُ واحدٍ منها، ويزيدُ على كلِّ واحدٍ من سهام البنينَ مثلُ خمسةٍ؛ لأنَّه أوصَىٰ بسدسِها، وسُدُسُ كلِّ شيءٍ مثْلُ خمسِ الباقِي بعدَ إخراجِ السُّدُسِ، فيكونُ جميعُ المالِ أربعةَ سهامٍ، وثلاثةَ أخماسٍ، نبسطُهَا أخماساً، تبلغُ ثلاثةَ وعشرينَ، وهَذه تُسمَّىٰ طريقةَ القياسِ.

ومنها: تُقَسَّمُ سهامُ الورثة وهي، ثلاثةٌ وتصنيف: سَهْماً لزيدٍ، يكونُ أربعةً، نضربها في مخرجِ السُّدُسِ، يكونُ أربعةً وعشرينَ، يسقُطُ منها الحاصلُ من ضربِ الجزءِ المُوصَىٰ بهِ بعدَ النصيبِ في النصيبِ، وهو واحدٌ، يَبْقَىٰ ثلاثةٌ وعشرونَ، فهي المالُ، فإن أردتَّ النصيبَ؛ أَخَذْتَ سهْماً منها، وضربتَهُ في مخرجِ السدسِ، يكون ستةً، تسقطُ منهَا ما أُسقطته من المالِ؛ يبقى خمسةٌ، فهي النصيبُ، وهذه تشتهرُ بطريقةِ الحَشْوِ، ويُسَمَّى هذا الذي يُسْقَطُ سَهْمَ الحَشْوِ، ويقالُ: كانَ محمدٌ بنْ الحسنِ يعتمدُ علَيها، وسمَّاها ابْنُ حسَّانَ القزويني حسابَ اليتم[2].

ومِنْهَا: تَأخذُ سهامَ الورثةِ، وتضربُها في مخرجِ السدسِ، يكونُ ثمانيةَ عَشَر تصرف سُدُسُهَا إلى عمرو؛ تبقَىٰ خمسةَ عشرَ؛ لكلِّ ابن خمسةٌ، وإذَا بانَ أنَّ النَّصيبَ خمسةٌ، فيزيدُ خمسةً على الثمانيةِ عشر، يكونُ ثلاثةً وعشرين.

ومِنْهَا: أن يقالَ: المالُ كلُّه ستةٌ، ونصيبُ النَّصيبِ لزيدٍ، وسهمٌ لعمرو، يبقىٰ خمسةٌ، لا تصحُ على ثلاثةٍ، ولا توافقُ تَضْرِبُ ثلاثةً في ستةٍ، تكونُ ثمانيةَ عشرَ، مع النصيبِ المجهولِ، سدسُ الثمانيةَ عَشَر لعمرو، والبَاقِي بينَ البنينَ؛ لكلِّ واحدٍ خمسةٌ، فَعَرَفْنَا أنَّ النصيبَ المجهولَ خمسةٌ، وأنَّ المالَ ثلاثةٌ وعشرونَ.

مَسْأَلَةٌ: ثلاثةُ بنينَ، وأوصَىٰ لزيدٍ بمثلِ نصيبِ أحدِهِم، ولعمرو بثلثِ ما يبقَىٰ من المالِ بعدَ النَّصيب استخراجها بطريقِ الخَطَائِيْنِ: يُقَدَّرُ المَالُ، إنْ شِئْنَا أربعةً؛ لعلِمنَا أنَّ

---

(١) قال الحافظ لم أقف على إسناده.

(٢) في ز: القسم.

هُنَا نَصِيباً وثلثاً بعدَ النَّصيبِ، ويجعلُ النَّصيبُ واحداً، ويدفعُ ثلثُ البَاقِي إلى عمرو؛ يبقَىٰ اثنانِ، ونحنُ نحتاجُ إِلَىٰ ثلاثةٍ؛ ليكونَ لكلِّ ابنٍ مثلُ النَّصيبِ المفروضِ، فقدْ نَقَص عن الواجبِ واحدٌ، وهَذَا هُوَ الخطأُ الأوَّلُ.

ثمَّ نجعَلُ المالَ خمسةً، ونجعلُ النصيبَ منها اثنَيْنِ، وندفعُ ثلثَ البَاقِي إِلَىٰ عمرو، يبقَىٰ اثنانِ، ونحنُ نحتاجُ إِلَىٰ ستة؛ ليكونَ لكلِّ ابن مثلُ النصيبِ المفروضِ، فقدْ نَقَص عن الواجبِ أربعةٌ، وهو الخطأُ الثَّاني، والخطآن جميعاً ناقصان، فسقَط أوَّلُهما من أكثرِهما، يبقَىٰ ثلاثةٌ؛ فنحفظُهَا، ثمَّ نضربُ المالَ الأوَّلَ في الخَطَأ الثَّاني، يكونُ ستةَ عشرَ ونضربُ المالَ الثَّانِيَ في الخطأ الأوَّل، يكونُ خمسةً يسقطُ الأقلُّ من الأكثر يبقَىٰ أحدَ عشرَ سهماً، نُقسِّمُها على الثلاثةِ المحفوظةِ، يخرجُ من القِسْمَةِ ثلاثةٌ وثلثانِ، نَبْسُطُهَا أثلاثاً بالضَّربِ في ثلاثةٍ، يكونُ أحدَ عشرَ، فهُوَ المالُ، ثمَّ نضربُ النَّصِيبَ الأوَّلَ في الخطأ الثَّانِي، يكونُ أربعةً، ونضربُ النَّصيبَ الثَّانِي في الخطأ الأوَّلِ يكونُ اثنينِ، يسقطُ الأقلُّ من الأكثرِ؛ يبقَىٰ اثنَانِ، نقسِّمها على الثلاثةِ المحفوظةِ، يخرجُ من القسمةِ ثُلُثَانِ، وإذا بَسَطْنَا، كانا اثنينِ، فهما النصيب فتدفع اثنين من أحدَ عشرَ إِلَىٰ زيدٍ، وثلثُ الباقي ثلاثةٌ إلى عمرو؛ يبقَىٰ ستةٌ لكلِّ واحدٍ اثنانِ، وهذا إذا أجازَ الورثةُ، فالوصيَّتَانِ زائدتَانِ على الثُّلُثِ، وتُسَمَّىٰ هذه الطريقة «الجامِعَ الكَبِيرَ من طرقِ الخطأين».

وبطريقةِ الباب: نقولُ: سهامُ البنينَ ثلاثةٌ، وقد أوْصَىٰ بثلثِها؛ فيبقَىٰ لكلِّ ابنٍ ثُلُثَا سهم، فتبيَّن أنَّ النصيب المُوصَىٰ به لزيدٍ ثُلُثَا سهم، ثم نضم الثلثُ المخرجَ، إذْ بينّا النَّصِيبَ إلى أنصبَائِهِم، فيكونُ جملةُ المالِ ثلاثةَ سهَامٍ وثُلثَيْ سهمِ نبسطُها أثلاثاً؛ تكونُ أحدَ عشَرَ.

وبطريقِ المقاديرِ: يُعْطَى المُوصَىٰ لَهُ بمثلِ النَّصِّيبِ نصيباً من المالِ؛ يبقَىٰ منه مقدارا تُدْفَعُ ثُلثه إِلَىٰ عمرو، ويبقَىٰ ثُلُثَا مقدارٍ نُقَسِّمُها بينَ البَنِينَ؛ يَحْصُلُ لكلِّ واحدٍ تُسُعَا مقدارٍ، فَنَعْلَمُ بذَلك أنَّ ما أخذَهُ المُوصَىٰ له بالنَّصِيبِ تُسُعَا مقدارٍ، فالمالُ كُلُّه إذن مقدارٌ وتُسُعَا مقدارٍ، نبسطُها أتْسَاعاً، يكونُ أحدَ عَشَر، وتَخْرُجُ المسألةُ السابقةُ بهٰذِه الطرقِ الثلاثِ خروجَ هٰذه المسألةِ بتلك الطُّرُقِ الستِّ.

فَصْلٌ

وَقَدْ تكونُ الوصيةُ بجزءٍ من جزءٍ من المالِ، فما بَقِيَ يُعَدُّ النَّصِيبَ أو بَعْضَهُ؟

مثالُه: ثلاثةُ بنينَ، وأوْصَىٰ لزيدٍ بمثلِ نصيبِ أحدِهم، ولعمرو بثُلُثِ ما تبقَّىٰ من ثُلُثِ المالِ بعدَ النَّصيبِ: يُقَدَّرُ ثلثُ المالِ عدداً له ثُلُث؛ لقولِهِ بثلثِ البَاقِي من الثُّلثِ وليكنْ ثلثه، فيزيدُ عليه واحداً للنَّصيبِ، فيكونُ أربعةً، وإذَا كانَ الثلثُ أربعةً، كانَ

الثلثانِ ثمانيةً وجملةُ المالِ اثنا عشرَ تدفع إلى زيدٍ واحداً، وإلى عمرو واحداً وهو ثلثُ الثَّلاثَةِ الباقيةِ من ثلثِ المالِ، يبقى سهمانِ، تضُمُّهُمَا إلَىٰ ثُلُثَي، المَالِ تكونُ عشرةً، وكانَ ينبغي أنْ يكونَ ثلاثةً؛ ليكونَ لكلِّ ابنٍ مثلُ النَّصيبِ المفروضِ، فقدْ زادَ علَى ما يحسبُ سبعةً، وهو الخطأُ الأوَّلُ.

ثم يُقدَّرُ الثلثُ خمسةً، ويُجعَلُ النصيبُ اثنين وتُدفعُ إلى عمرو واحداً، يبقى سهمانِ، يزيدُهُما على ثلثَي المالِ، وهو عشرةٌ، علَى هذا التقديرِ، يبلغ اثني عشرَ، وكانَ ينبغِي أن يكونَ ستةً؛ ليكونَ لكلِّ ابنٍ سهمانِ، فزادَ علَى الواجبِ ستةً، وهو الخطأُ الثَّانِي.

ثُمَّ نقولُ: لمَّا أخذَنْا أربعةً؛ زادَ على الواجبِ سبعةً ولمَّا زدْنا سهماً، نَقَصَ عن الخَطأ سهمٌ؛ فعلمنَا أنَّ كلَّ سهمٍ يزيدُ، ينقصُ به من الخطأ سهمٌ، وقدْ بقي من الخطأ سِتَّةُ أسهم، فنزيدُ لها ستة أسهم، يكونُ أحدَ عشرَ سهماً، فهو ثلثُ المالِ؛ النَّصيبُ منها ثمانيةٌ، وجميعُ المالِ ثلاثةٌ وثلاثونَ، وتُسَمَّىٰ هذه الطريقةُ «الجامعَ الصَّغيرَ من طرقِ الخطأين».

مسألةٌ: ابنانِ، وأوصَىٰ بمثلِ نصيبِ أحدِهِمَا لزيدٍ، وأوْصَىٰ لعمرو بنصفِ ما تبقَّىٰ من الثلثِ بعد النَّصيبِ:

استخراجُهَا بطريقِ الهَنْدَسَةِ: أن يُجْعَلَ المالُ كلُّه خَطَّ أ ب، ويُقَسَّمَ ثلاثةَ أقسامٍ متساويةٍ، هي خطوطُ أ ح حد دب، ثمَّ نأخذُ خطَّ أ ح، ونقتطعُ منه بمقدارِ أ ه نسمِّيه، ونُقَسِّمُ الباقيَ بقسمَينِ متساوِيَيْنِ، وهُمَا خطَّا هو و ج، فيُعْطِي زيداً النصفَ، وعمراً خطَّ هو يبقَىٰ منه خطُّ و ح، وإذَا كانَ خطُّ أ ح نصيباً وقسمَينِ متساوِيَيْنِ، كانَ خطُّ ح ب نَصِيبَيْنِ وجملةَ أربعةِ أقسامٍ متساويةٍ؛ إذا ضَمَمْنَا إليه القِسْمَ الثَّاني من خطِّ أ ج، كانَ المبلغُ نصيبَيْنِ وخمسةَ أقسامٍ؛ يُقَسَّمُ بينَ البنينَ، لابنينِ نصيبانِ، وللثالثِ خمسةُ أقسامٍ؛ فَبَانَ أنَّ النصفَ الَّذي اقتطعْنَاه خمسةٌ، والقسمانِ الباقيانِ منهُ سَهمانِ، فجميعُ خطِّ أ ح سبعةٌ، وهو ثلثُ خطِّ أ ب، فخطُّ أ ب أحدٌ وعشرون، وهو صورتُه أ ه وح د، وخمسةٌ لزيدٍ، يبقَىٰ اثنانِ: أحدُهما لعمرو، ويبقَىٰ واحد يضمُّها إلى أربعةَ عشرَ؛ يكونُ خمسةَ عشرَ للبنينِ؛ لكلِّ واحدٍ خمسةٌ.

مسألةٌ: أربعةُ بنينَ، وأوْصَىٰ لزيدٍ بمثلِ نصيبِ أحدِهم، ولعمرو بربعِ ما بَقِيَ مِنَ الثُّلُثِ بعد النصيبُ بأحدِ أربعةِ أسهم؛ لقولِهِ: «بربعِ ما بَقِيَ» ويزيدُ عليه النصيبُ واحداً، ويجعلُ الخمسةُ ثُلُثَ المالِ، فندفعُ منها سهماً بالنَصيبِ إلَىٰ زيدٍ، وسهماً بربعِ ما تبقَّىٰ إلى عمرو، تبقَىٰ ثلاثةٌ، نُضمُّها إلَىٰ ثلثي المالِ عَشَرة، تبلغُ ثلاثةَ عشر، وكانَ ينبغي أن يكونَ أربعةً، فزادتْ تسعةٌ، وهو [الخطأ][1] الأوَّلُ.

ثمَّ تُضَعِّفُ ما كنَّا أخذناه أولاً، فنأخذُ ثمانيةً، وتزيدُ عليها النصيبَ مثلَ ما ذكرنَاهُ

---

(١) سقط في: ز.

أولاً، وهو واحدٌ، ونجْعَلُ التسعةَ؛ ثُلُثُ المالِ: واحداً منها لزيدٍ، وسهمانِ هما ربعُ البَاقِي لعمرو؛ يبقَىٰ ستةٌ، نضمُّها إِلَىٰ ثُلُثَي، المالِ؛ تكونُ أربعةً وعشرين، وكانَ ينبغي أن يكونَ أربعةً، فزاد عشرونَ، وهو الخطأُ الثَّانِي، والتفاوتُ بينَ الخطأيْنِ أَحَدَ عَشَرَ، فهُو النصيبُ، ثم نضربُ المالَ الأولَ، وهو خمسةٌ في الخطأ الثَّانِي، وهو عشرونَ؛ تكونُ مائةً؛ ونضربُ المالَ الثَّاني، وهو تسعةٌ في الخطأ الأوَّلِ، وهو تسعةٌ؛ يكونُ أحداً وثمانينَ، والتفاوتُ بينَ المبلَغَيْنِ تسعة عشر[1]، فهُو ثلثُ المالِ: لزيدٍ منه أحدَ عشرَ، يبقى ثمانيةٌ، ربعُها لعمرو سهمانِ، يبقىٰ ستةٌ، نضمُّها إلى مائةٍ وثلاثينَ، يكونُ أربعةً وأربعينَ؛ لكلِّ واحدٍ أحدَ عشرَ بثلثِ النصيب، وتسمَّىٰ هذه الطريقةُ الجامعَ الأكبرَ مِن طرق الخطائين.

وبطريقةِ المقاديرِ؛ نأخذُ ثلثُ المَالِ، وتُسْقِطُ منه نصيباً لزيدٍ، يبقىٰ منه مقدارٌ، وقدْ بَقِيَ من المالِ ثلثاه، فنصرفُ من كلِّ ثلثٍ نصيباً إلى ابنٍ؛ يبقَىٰ من كلِّ ثلثٍ مقدارٌ، ويُعْلَمُ أنَّ عمراً لاَ يستحقُّ إلاَّ ربعَ مقدارٍ، فجميعَ الباقِي مقداراَنِ، وثلاثةُ أرباعٍ: مقدارٌ يكونُ للابنينِ اللَّذَيْن لَمْ يأْخُذَا شيئاً، فيكونُ النصيبُ مقداراً وثلاثةَ أثمانَ مقدارٍ، والنصيبُ منه مقدارٌ وثلاثةُ أثمانِ مقدارٍ، نبسطُها أثماناً؛ فيكونُ الثُّلثُ تسعةَ عشرَ، والنصيبُ أحدَ عشرَ، وبطريقةِ الدينار والدِّرْهَم: نجعلُ المالَ ديناراً، ومن الدراهم عدداً له ربعٌ، وليكنْ أربعةَ دراهم، ولنصرفِ الدينارَ بالنصيبِ إلى زيدٍ، ودرهماً إلى عمرو، ويبقَىٰ ثلاثةُ دراهم، نزيدُهَا على ثلثَيْ المالِ؛ يبلغُ دينارين وأحدَ عشرَ درهماً، يعدلُ أربعةَ دنانيرِ [فنلقَى دينارين بدينارين][2] يبقى ديناران في مقابلةِ أحدَ عشرَ درهماً، فالدينارُ الواحدُ يعدلُ خمسةَ دراهم ونصفَ درهم، وكنَّا جعلنَا الثلاثَ ديناراً وأربعةَ دراهم، فهُوَ إذن تسعةُ دراهم ونصفٌ، نبسطُها أنصَافاً؛ يكونُ تسعةَ عشرَ، فهي الثلثُ والدينَارُ الَّذي هو النصيبُ أحَدَ عشرَ.

مسألةٌ: أبوان وبنتانِ، وأوصَىٰ لزيدٍ بمثلِ أحدِ الأبَوَيْنِ، ولعمرو ثلاثةِ أخماسِ ما يبقَىٰ من الثلثِ:

استخراجُهَا بطريقةِ الحشْوِ أن يقالَ: مسألةُ الورثةِ من ستَّةٍ؛ تزيدُ عَلَيْها مثلَ نصيب أحدِ الأبَوَيْن تبلغ سَبعةً، تُضْرَبُ في مَخْرَجِ الأخماسِ؛ يكونُ خمسةً وثلاثينَ، يسقُطُ منها الحاصلُ من ضربِ الأجزاءِ المُوصَىٰ بها بَعْد النصيب، وهي ثلاثةٌ في النصيبِ، وهو واحدٌ؛ يكون ثلاثة [نسْقِطُها من الخمسةَ والثلاثينَ][3]، يبقى اثنان وثلاثون فهي

---

(١) في ز: سبعة.

(٢) في ز: يبقى دينارين.

(٣) سقط في: ز، أ.

ثلثُ المالِ، فإنْ أردْنَا النصيبَ، أخذْنَا سهماً، وضرَبْنَاهُ في مَخْرَجِ الأخْمَاسِ؛ يكونُ خمسةً، نضربُها في مخرج الثلثِ، يكونُ خمسةَ عشر، نُسقِطُ منها ما أسقطْنَا من الأوَّلِ، يكونُ اثني عشَرَ، فهو النصيبُ، فإذَا دَفَعْنَا اثني عشرَ إلَىٰ زيدٍ، يبقى من الثلثِ عشرون تدفع ثلاثةَ أخماسِه إلَىٰ عمرو، يبقى ثمانيةٌ، نضمُّها إلَىٰ ثلثي المالِ أربعةٍ وستينَ؛ يكونُ اثنين وسبعينَ؛ لأحدِ الأبوَيْنِ منهَا السدسُ اثنا عشرَ؛ كالنَّصيبِ المفروضِ.

وبحسابِ الجَبْرِ: نأخذُ ثلثَ المالِ، ونُسْقِطُ منه نصيباً؛ يبقَىٰ ثلثُ مالٍ غيرَ نصيبٍ، نُسْقِطُ ثلاثةَ أخماسِهِ لعمرو، ويبقى خُمُسَا ثُلثِ المالِ سوى خُمُسَيْ نصيبٍ، نضمُّها إلَىٰ ثُلُثَي المالِ، يبلغُ ثلثَيْ مالٍ، وخُمُسَيْ ثلثِه سوى خُمُسَيْ نصيبٍ، يعدلُ سهامَ الوَرَثَةِ، وهيَ ستةٌ، تُجبَرُ وَتُقَابلُ؛ فتكونُ ثُلثَا مالٍ وخُمُسَا ثلثِه معادلاً لستةٍ أيضاً، وخُمُسَيْ نصيبٍ، فَنَضرِبُ الستةَ والخمسينَ في أقلِّ عددٍ له خُمُسٌ، وهو خمسةٌ؛ يكونُ اثنينِ وثلاثينِ، فهو الثُلثُ.

مسألةٌ: ثلاثةُ بنينَ، وأوْصَىٰ لزيدٍ بمثلِ نصيبِ أحدِهم، ولعمرو بثلثِ ما بَقِيَ منَ الثُّلثِ بعدَ نصفِ النصيبِ، خُذْ ثلثَ مالٍ، وأَسْقِطْ منه نصيباً، يبقَىٰ ثلثُ مالٍ سوى نصيبٍ، وأُسْقِطْ منه ثلثَ البَاقِي بعدَ نصفِ النَّصيبِ، وهو تُسْعُ مالٍ إلاَّ سُدسَ نصيبٍ، فيبقَىٰ تُسْعَا مالٍ إلاَّ خَمْسَةُ أسداسِ نصيبٍ، زِدْه على ثلثَي المال؛ فيكونُ ثمانيةَ أتساعِ مالٍ إلاَّ خمسةَ أسداسِ نصيبٍ، يعدِلُ ثلاثةَ أنصباءَ فأجبر وقابل تعدل ثمانية أتساع مالَ ثلاثة أنصباء، وخمسةَ أسداسِ نصيبٍ، فاضرِبْ ثلاثة وخمسة أسداسٍ في تسعةٍ؛ تبلغُ أربعةً وثلاثينَ ونصفاً، ابْسُطْهَا أنصافاً، تكونُ تسعةً وستينَ، فهي المالُ: لزيدٍ منها بالنصيبِ ستةَ عشرَ، ولعمرو خمسةٌ، وهو ثلثُ البَاقِي من الثلثِ بعدَ نصفِ النَّصيبِ، وهو ثمانيةٌ، يبقَىٰ سهمانِ زدهم على ثُلُثَيِ، المالِ، يبلغُ ثمانيةً وأربعينَ؛ لكلِّ ابنٍ ستةَ عشرُ كالنَّصيب.

فَصْلٌ

في الوصيَّةِ بنصيبِ أَحدِ الورثةِ مع الوصيةِ بجزئين أحدهُمَا بجميعِ المالِ، والآخرُ بما يبقَىٰ، مثالهُ: بِنتٌ وأخٌ، وأوْصَىٰ لزيدٍ بمثلِ نصيبِ أحدِهما، ولعمرو بربعِ المَالِ، ولثالثٍ بنصفِ البَاقِي، يُعَدُّ ذلكَ الحسابُ بطريقِ القياسِ: أنَّا نعلَمُ أنَّه إذَا أَخَذَ عمروٌ ربعَ المالِ، وزيدٌ نصيباً، ينبغِي أنْ يكونَ للباقِي نصفٌ، وأَقَلُّ عددٍ لَه نصفُ اثنانِ، وللثالثِ واحدٌ منهمَا؛ يبقَىٰ واحدٌ، لكلِّ واحدٍ من الوارثين نصف سهم، فعلِمْنا أنَّ النصيبَ نصفُ سهم، فيكونُ البَاقِي من المالِ بعدَ الربعِ سهمَينِ ونصفَ سهم، وذلك ثلاثةُ أرباعِ المالِ، تزيَدُ عليهِ ثلثَه، وهو خمسةُ أسداسٍ، يبلغُ ثلاثةً وسُدُسَينِ، نبسطُهَا أسداساً، تكونُ عشرينَ: لزيدٍ ثلاثةٌ ولعمرو خمسةٌ يبقَىٰ اثنا عشرَ للثالثِ ستةٌ ولكلِّ واحدٍ من

الوارثينَ ثلاثةٌ؛ كالنَّصيبِ المفروضِ، ولو كانتِ الصورةُ بحالِهَا إلاَّ أنَّ وصيةَ عمرو بِخُمُسِ المَالِ، ووصيةَ الثَّالِثِ بِثُلُثِ البَاقِي، فالمالُ خمسةٌ، والنصَّيبُ وَاحدٌ.

فَصْلٌ

فيما إِذَا كانَ الجزآن مَعَ النَّصيبِ أحدُهُما بعدَ الآخرِ:

مثالُهُ: أمٌّ وعمَّانِ، وأَوْصَىٰ لزيدٍ بمثلِ نصيبِ أحدِهِم، ولعمرو بربع ما تبقَّىٰ من المالِ بعدَ النصيبِ ولثالث بثلث ما تبقَّى منِ المالِ بعدَ ذَلِك والرابع بِنصفِ ما يبقَىٰ بعدَ ذلكَ، نأخذُ مالاً وتُلْقَىٰ منه نصيباً؛ يبقَى مالٌ إلاَّ نصيباً، تلقى من هَذا الباقِي ربعُه، يبقَىٰ ثَلاثةُ أرباعِ مالٍ إِلاَّ ثلاثةَ أرباعِ نصيبٍ تُلقَي من البَاقِي ثلثُه؛ ويبقَىٰ نصفُ مالٍ إلاَّ نصفَ نصيبٍ، تُلْقِيَ من البَاقي نصفَهَ، يبقَىٰ ربعُ مالٍ إلاَّ ربع نصيبٍ تعدلُ ثلاثةَ أنصباءٍ، تُجبرُ، وتُقَابلُ، فربعُ مالٍ يعدل ثلاثةِ أنصباءٍ، وربعُ نصيبٍ، فنضربُ الثلاثةَ والربعَ في أربعةٍ، تكونُ ثلاثةَ عشرَ، النصيبُ منه واحدٌ، يبقَى اثنا عَشَرَ: لعمرو رُبُعُهُ ثلاثةٌ يبقَىٰ تسعةٌ، للثالثِ الثلثُ يبقَىٰ ستةٌ، للرابعِ نصفُه ثلاثةٌ، يبقَىٰ ثلاثةٌ لكلِّ واحدٍ من الورثةِ واحدٌ؛ كالنصيبِ.

مسألةٌ: ثلاثةُ بنينَ، وأَوْصَىٰ لزيدٍ بنصيبِ أحدِهِم، ولعمرو بنصفِ البَاقِي من الثُّلثِ، ولثالثِ بثلث الباقي من الثلث بعد ذلك، يجعلُ ثلثُ المالِ ديناراً، ومن الدراهِم عدداً له نصفٌ، ولنصفهِ ثلثٌ، وليكنْ ستةً، نُعْطِي زيداً الدينارَ، ونصفَ الدَرَاهِم عمراً، تبقَىٰ ثلاثةٌ نُعطِي ثلثَها للثالثِ؛ يبقَىٰ سهمانِ، نزيدهُما على ثلثَي، المالِ، وهو ديناراِنِ، واثنَيْ عشرَ درهماً، تبلغُ دينارَينِ وأربعةَ عشرَ درهماً، وذلك يعدلُ ثلاثةَ دنانيرِ تُلْقِي دينارَيْنِ بدينارَيْنِ قِصَاصاً، يَبْقَىٰ دينارٌ يعدلُ أربعةَ عشرَ درهماً، وكانَ الثلثُ ديناراً وستةً، فهُوَ إِذَن عشرونَ، والنَّصيبُ أربعةَ عشرَ يدفعُ أربعةَ عشرَ إِلَىٰ زيدٍ، تبقَىٰ ستةٌ، لعمرو نصفُهَا، تبقى ثلاثةٌ، للثالث ثلثُها، يبقَىٰ سهمانِ، تضُمُّها إلى ثلثَي المالِ، تبلغُ اثنينِ، وأربعين، لكلِّ ابنِ أربعةَ عشرَ.

فَصْل

في الوصيَّة بنصيبَيْنِ مع الوصيةِ بجزءٍ بعدَ كلِّ نصيبٍ:

مثالُه: ثلاثةُ بنينَ، وأَوْصَىٰ لزيدٍ بمثلِ نصيبِ أحدِهِم، ولعمرو بثلث ما تبقَّىٰ من الثلثِ، ولثالثِ بمثلِ نصيب أحدِهِم ولرابع بنصف ما تبقَّىٰ من الثلثِ بعْدَ النصيبِ، فأخذ أحدُ أثلاث المال، فتدفع مِنه نصيباً إِلَىٰ زيدٌ، يبقَىٰ منه مقدارٌ يدفعُ ثلثُه إِلَىٰ عمرو، يبقَىٰ معنا ثلثا مقدارٍ، ونَأخُذُ ثلثاً آخر، فنُدفعُ منه نصيباً إلى الثالثِ، يَبقَىٰ مقدارٌ، يُدفع نصفَهُ إلى الرابعِ، يبقَىٰ نصفُ مقدارِ، فيضمُّ الباقِي من الثلثِ، وهو مقدارٌ وسدسُ مقدارٍ

إلى الثلثِ الثالثِ، وهو نصيب ومقدارٌ، يكونُ نصيباً ومقدارَيْنِ وسُدُسَ مقدارٍ، وذلك يعدل أنصباءِ الورثةِ، وهو ثلاثةٌ تُسقط نصيباً بنصيبٍ؛ يبقَىٰ مقداران وسدُسُ مقدارٍ، في معادلةِ نصيبَيْنِ فالنصيب الواحدِ مقدارٌ ونصفُ سدسِ مقدارٍ، وكنَّا فَرضْنَا كُلَّ ثلثٍ نصيباً ومقداراً، فهو إذن مقدارانِ ونصفُ سدسِ مقْدَارٍ نبسطُهَا بالضَّربِ في اثنَيْ عشرَ، تكونُ خمسةً وعشرينَ، وجملةُ المالِ خمسةٌ وسبعونَ والنَّصيبُ ثلاثةَ عَشَرَ، لزيدٍ ثلاثةَ عَشَر، ولعمرو أربعة وللثالثِ ثلاثةَ عشرَ، وللرابعِ ستةٌ، وجملةُ ذلك ستةٌ وثلاثون، تَبْقَىٰ تسعة وثلاثونَ للبنينَ، لكلِّ واحدٍ ثلاثةَ عشر؛ كالنصيبِ.

ولو كانتِ الصّورةُ بحالِها إلا أنَّه أوْصَىٰ للرابع بنصفِ ما تبقَّىٰ من الثلثَيْنِ بعدَ النَّصيبِ الثَّاني، فنأخذُ ثلثاً، ونجعلُ منهِ نصيباً لزيدٍ؛ يبقَىٰ مقدارٌ، تَجْعَلُ ثلاثةً لعمرو، ونَأخذُ ثلثاً آخرَ، فتَدْفَعُ نصيباً منه إلى الثالثِ، يبقَىٰ مقدارٌ نضمُّه إلى الثلثِ الثالثِ، يبلغُ نصيباً ومقدارَيْنِ؛ يُدْفَعُ إلى الرابعِ نصفُه، وهو نصفُ نصيبٍ ومقدار، ويبقَىٰ معنَا نصفُ نصيبِ ومقدار، وكانَ قدْ بَقِيَ من الثلثِ الأوَّلِ ثلثَا مقدارٍ، يعدِلُ كلُّ ذلك أنصباءَ الورثةِ، وَهِيَ ثلاثةٌ، فَتُلْقِي نصفَ نصيبٍ بنصفِ نصيبٍ؛ يبقَىٰ مقدارٌ وثُلُثَا مقدارٍ في معادلةِ نصيبَيْنِ ونصفِ نصيبٍ، فيكونُ النصفُ ثلثَيْ مقدارٍ؛ فإذن كلُّ ثُلُث مقدارٌ، وثُلُثُ مقدارٍ نبسطُهَا أثلاثاً، يكونُ خمسةً، والمالُ خمسةَ عَشَر، والنصيبُ اثنانِ، لزيدٍ اثنانِ، ولعمرو واحدٌ، وللثالثِ اثنانِ، وللرابعِ أَربعةٌ. تبقَىٰ ستَّةٌ لِلابْنَيْنِ.

فَصْلٌ

في الوصيَّةِ بالنصيبِ وبجزءٍ شائعٍ علَىٰ شرطِ ألاَّ يضامَ بعضُ الورثةِ، أي: لاَ يدخُلُ النقْصُ علَيْهِ.

مثالُه: ابنانِ، وأوْصَىٰ لواحدٍ بربعِ المالِ، ولآخرَ بنصيبِ أحدِ الابنَيْنِ علَىٰ ألاَّ يضامَ الثَّانِي بالوصيَّتَيْنِ، هي من أربعةٍ لِذِكْره الربع: واحدٌ للموَصىٰ له بالربعِ، واثنان للابنِ الَّذي شَرَطَ ألاَّ يضامَ [يبقىٰ][1] واحدٌ للموصَىٰ له الثَّانِي، وللابنِ الثَّانِي لاَ يصحُّ علَيْهِمَا، فَنضربُ اثنانِ في أربعةٍ.

مسألة: ثلاثةُ بنينَ، وأَوْصَىٰ من ثلثِ مالهِ لزيدٍ بنصيبِ أحدهم، ولعمرو بثلثِ ما تبقَّىٰ من الثلثِ[2]، وشَرَطَ ألاَّ يضام بَكْرٌ منهم: نأْخُذُ ثلثَ المالِ، ونَدفَعُ منه نصيباً إِلى زيدٍ؛ يبقَىٰ مقدارٌ، ندْفَعُ ثلثَهُ إِلى عمرو، يبقَىٰ ثلثَا مقدارٍ، نَضُمُّه إِلى الثلثَينِ، وهما نصيبانِ ومقدارانِ، وذلكَ كلُّه يعدل ثلثَ المالِ بتمامِهِ ونصيبينِ، أَمَّا ثلثُ المالِ، فهو

---

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

الَّذي توفيه بَكْراً غَيْرَ منقوصٍ، وأَمَّا النصيبانِ، فهما نصيبَا الابنَيْنِ الآخرينِ، وذلكَ ثلاثةُ أنصباءٍ ومقدارٌ، فَنُسقط نصيبَيْنِ بنصيبَيْنِ، ومقداراً بمقدارٍ؛ يبقَىٰ نصيبٌ في معادلةِ مقدارٍ، وثلثَيْنِ، فعرَفْنَا أَنَّ النصيبَ مقدارٌ وثلثانِ، وأنَّ الثلثَ مقدارانِ وثلثانِ، نبسطُهمَا أثلاثاً، فيكونَ ثمانيةً، وهي ثلثُ المالِ، والنصيبُ منهما خمسةٌ، وجملةُ المالِ أَربعةٌ وعشرون؛ لزيدٍ خمسةٌ، ولعمرو واحد، ولبكرٍ الَّذي شَرَطَ ألاَّ يُضَامَ ثمانيةٌ تَبْقَىٰ عشرةٌ، للآخرينَ؛ لكلِّ واحدٍ خمسةٌ؛ كالنَّصيبِ.

فَصْل

في الوصيَّةِ بالنصيبِ مع استثناءِ جزءٍ من المالِ عنهُ.

مِثَالُهُ: ثلاثةُ بنينَ أَوْصَىٰ بمثلِ نصيبِ أَحَدِهِم إلاَّ ربعَ جميعِ المالِ، نأخذُ مالاً ونُسقِطُ منه نصيباً، يبقَىٰ مالٌ ناقصٌ بنصيبٍ نزيدُ عليه ربعُ المالِ المُسْتَثْنَىٰ، يبلغُ مالاً، ورُبْعَ مالٍ إلاَّ نصيباً وذلك يعدل ثلاثةِ أنصباءٍ وهي أنصباءُ تُجْبَرُ، وتُقَابَلُ؛ فإذن مالٌ وربعُ يعدلُ أربعةَ أنصباءٍ، نبسطُها أرباعاً، ونقلبُ الاسم، فالمالُ ستةَ عشرَ، والنصيبُ خمسةٌ؛ نَدْفَعُ إلى المُوصَىٰ له خمسةً وتسترجع منه رُبُعَ المالِ أربعةً، يبقَىٰ مَعَنَا خمسة عشرَ؛ لكلِّ ابنٍ خمسةٌ؛ كالنَّصيبِ.

وبطريقة الخطأينِ: يَجْعَلُ المالَ أربعةً، والنصيبَ اثنين، يُدْفَعُ إِلَىٰ المُوصَىٰ له اثنين، ونَسْتَرْجِعُ رُبَعَ المالَ واحداً؛ يبقَىٰ معنا ثلاثةٌ، وكانَ يجبُ أنْ يبقَىٰ ستةٌ؛ ليكونَ لكلِّ ابن مَثَلُ النصيبِ، فقدْ نَقَصَ عنَ الواجبِ ثلاثةٌ، وهٰذا هو الخطأُ الأَوّلُ.

ثم نجعلُ المالَ ثمانيةً، والنصيبَ ثلاثةً، نَدفعُها إليه، ونَسترجِعُ اثنينِ ربعَ المالِ، يبقَىٰ معنًا سبعةٌ وكانَ ينبغِي أنْ يَكونُ تسعةً، فقد نَقصَ اثنانِ، وهذا هو الخطأُ الثَّانِي.

وهما ناقصانِ، فَنُسْقِطُ منَ الأكثرِ؛ يبقَىٰ واحدٌ نحفظُه، ثم نضرِبُ المالَ الأَوَّلَ، وهو أَربعةٌ في الخطأ الثَّانِي، وهو اثنانِ، تكونُ ثمانيةً، ونضربُ المالَ الثَّاني، وهو ثمانيةٌ في الخطأ الأَوّلِ، وهو ثلاثةٌ، يكونُ أَربعةَ وعشرينَ، فَنُسْقِطُ الأقلَّ من الأكثرِ، يَبْقَىٰ ستةَ عشرَ، نُقَسِّمُهُ على الواحدِ المَحْفُوظِ، يكونُ ستةَ عشرَ، فَهُوَ المالُ، ونضربُ النصيبَ الأَوَّلَ، وهو اثنانِ في الخطأ الثَّاني يكونُ أربعةً، والنصيبُ الثَّاني، وهو في الخطإِ الأَوَّلِ، وهو ثلاثةٌ، يكونُ تسعةً، نُسقِطُ الأقلَّ من الأكثرِ، ونقسِّمُ الحاصلَ على الواحدِ المحفوظِ، يكونُ خمسةً، فهُو النصيبُ.

وبالدينارِ والدرهم نجْعَلَ المالَ ديناراً، وأَربعةَ دراهم، وَنَدْفَعُ الدينارَ بالنصيبِ إلى المُوصَىٰ له، ونُسْتَرجِعُ منه رُبَعَ جميع المالِ، وهو ربعُ دينارٍ ودرهم، يحصلُ معَنا خمسةُ دراهمَ، [وربع دينار، وذلك يعدل ثلاثة دنانير، ونسقط ربع دينار بربع دينار،

وتبقى خمسة دراهم][1] في معادلةِ دينارَيْنِ، وثلاثةِ أرباعِ دينارٍ، فإذا قَسَّمْنَا عددَ الدراهِمِ علَىٰ عددِ الدنانيرِ، خرجَ الدينارُ خمسةَ أجزاءٍ من أحدَ عشرَ جزءاً، نَجْمَعُ بين هَٰذَيْنِ العدَدَيْنِ، يكونُ سِتَّةَ عَشَرَ، فهو المالُ.

مَسْأَلَةٌ: ابنٌ، وأوْصَىٰ بمثلِ بنصيبِ إلاَّ نصفَ المالِ، نَأْخذُ مالاً ونُسْقِطُ منه نصيباً، ثمَّ نَسْترجِعُ من النصيبِ نصفَ مالٍ، يحصُل معنا مالٌ ونصفٌ غيرَ نصيبٍ، يعدِلُ نصيباً واحداً، تُجْبَرُ وتُقابلُ، فيكونُ مالٌ ونصفٌ، يعدِلُ نصيبَيْنِ، نبسطُهُمَا أنصافاً ونَقْلِبُ الاسمَ، فيكون المالُ أربعةَ، والنصيبُ ثلاثةً، تدفع إلى المُوصَىٰ له ثلاثة وتُسترجِعُ منه اثنينِ، يبقَىٰ عنده واحدٌ، وهو مثلُ نصيبِ الابنِ ناقصاً بنِصِفْ المالِ.

مسألةٌ: ابنٌ، وأوْصَىٰ بنصيبِ ابنٍ رابعٍ، لو كانَ إلاَّ عُشْرَ المالِ، نقولُ: لو كانَ البنونَ أَربعةَ، لَقُسِّمَ المالُ بينهمُ علَىٰ أربعةٍ، فنأخذُ مالاً، ونُلْقِي منه نصيباً، ونسترجِعُ منه عُشْرَ المالِ، يكونُ معنَا مالٌ وعشرُ مالٍ سوى نصيبٍ، يعدِلُ أَربَعةَ أنصباءٍ فيُجْبَرُ ويُقابلُ؛ فإذن مالٌ وعشرُ يَقابِلُ خمسةَ أنصباءَ، فنبسطُها أَعشاراً، ونَقْلِبُ الاسمَ، فالمالُ خمسونَ، والنَّصيبُ أَحدَ عشرَ، نَدْفَعُ إلى المُوصَىٰ له أحدَ عشرَ؛ ونستَرْجِعُ منه عُشْرَ المالِ، وهو خمسةٌ؛ يبقَىٰ للمُوصَىٰ له ستةٌ، ونَأْخُذُ للابن أربعةً وأربعينَ، ولو كانوا أَربعةً، لَأَخَذَ كلُّ واحدٍ أحدَ عشرَ؛ كالنَّصيبِ.

فَصْلٌ

في الوصيَّةِ بالنصيبِ، مع استثناءِ جُزْءٍ مِمَّا تبقَّىٰ من المالِ، هَذا: إمَّا أَنْ يُفْرَضَ مع تَقْييدِ المُوصِي الاستثناءَ بجزءٍ ممَّا تَبقَّىٰ من المالِ بعْدِ النَّصيبِ، أَوْ معَ التقييدِ بجزءٍ ممَّا تبقَّىٰ من المالِ بعدَ الوصيَّةِ، أو يُفْرَضَ معَ الإطلاقِ وإهْمَالِ كُلِّ واحدٍ منَ القَيْدَينِ، فهذهِ ثلاثةُ أقسامٍ.

أَمَّا القِسْمُ الأَوَّلُ فمثالُهُ:

ثلاثةُ بنينَ، وأَوْصَىٰ بمثلِ نصيبِ أحدِهِم إلاَّ ربعَ البَاقِي من المالِ بعدَ النَّصيبِ: نأْخُذُ مالاً، ونُسْقِطُ منه نصيباً؛ يبقَىٰ مالٌ ناقصٌ بنصيب نَزيدُ علَيه ربعَهُ، وهُوَ الَّذِي يستردُّهُ من جملةِ النَّصيبِ ورُبُعُهُ ربعُ مالٍ إلاَّ ربعُ، نصيبٍ، فيَبلُغُ مالاً وربعَ مالٍ إلاَّ نصيباً، ورُبُعَ نصيبٍ، يعدلُ ثلاثةَ أنصباءٍ، فيُجْبَرُ، ويُقَابَلُ، فإذن مالٌ وربعُ مالٍ يَعْدِلُ أربعةَ أنصباءٍ ورُبُعَ نصيبٍ، فنبسطُها أرباعاً، ويُقْلَبُ الاسمُ، فالمَالُ سبعةَ عَشَرَ، والنصيبُ خمسةٌ نَدْفَعُ إلى المُوصَىٰ له خمسةً، يبقَىٰ اثنا عشرَ، يَسْتَرجِعُ من الخمسةِ ربعَ

---

(١) سقط في: ز، أ.

البَاقِي، وهو ثلاثةٌ، يبقَىٰ عندَ المُوصَىٰ لَه سهمانِ، ونجْعَلُ للبنينَ خمسةَ عشرَ، لكلِّ واحدٍ خمسةٌ، وبالمقاديرِ نَدْفَعُ إلى المُوصَىٰ له نصيباً، يبقَىٰ مقدارٌ، نَسْتَرْجِعُ رُبُعَهُ من النصيبِ، ونزيده على المقدَارِ، يبلغُ مقداراً وربعَ مقدارٍ، يعدلُ أنصباءَ الورثةِ، وهِيَ ثلاثةٌ، فالنَّصيبُ ثلثُ مقدارٍ، وثلثُ وربعُ مقدارٍ؛ لِأَنَّه إذا قُسِّمَ المقدارُ والربعُ علَىٰ ثلاثةٍ، يخرجُ من القسمةِ ما ذكرنَا، والمالُ مقدارٌ وثلثُ مقدارٍ وثلثُ وربعُ مقدارٍ نبسطُها بأجزاءِ ثلثِ الربعِ، وذلك بالضَّرْبِ في اثْنَيْ عشر، فيكونُ المالُ سبعةَ عشرَ، والنصيبُ خمسةٌ.

وبالقياسِ: علمنَا أَنَّ الباقيَ، من المالِ بعدَ النصيبِ عددٌ له ربعٌ فيكونُ أربعةً، وقدِ استثنَى الربعُ، فنزيدُ ربعُ الأربعةِ علَيْهَا، يكونُ خمسةً، للبنينَ لكلِّ واحدٍ سهمٌ وثلثانِ؛ فعلمنَا أنَّ النصيبَ سهمٌ وثلثانِ، فنزيدُه علَى الأربعةِ، يبلغُ خمسةً وثلاثينَ، نبسطُهَا أثلاثاً فالنصيب خمسةٌ، والمالُ سبعةَ عشرَ.

مسألةٌ: الصورةُ بحالِها، لكنَّه قالَ: إلاَّ رُبُعَ البَاقِي من المالِ بعدَ نِصْفِ النصيبِ، نَأخذُ مالاً ونُسْقِطُ منه نصيباً، يبقَىٰ مالٌ ناقصٌ بنصيبٍ، نزيدُ علَيه رُبُعَهُ بعدَ نصفِ النَّصيبِ، وهُوَ رُبُعُ المالِ إلاَّ ثُمُنَ نصيبٍ، فيبلغُ مالاً ورُبُعَ مالٍ إلاَّ نصيباً، يعادلُ أربعةَ أَنصباءٍ وثُمُنَ نصيب، فَنَبْسُطُهَا أثْمَاناً، وَنَقْلِبُ الاسمَ، فالمالُ ثلاثةٌ وثَلاثُونَ والنصيبُ عَشَرةٌ [تخرج عشرة][1] وننظر في الباقي من المالِ بَعْدَ نِصْفِ العشرةِ، فإذا هو ثمانيةٌ وعُشرونَ، نَسترجِعُ رُبُعَهَا، وهو سبعةٌ من العَشَرَةِ، يبقَىٰ للمُوصَىٰ له ثُلُثُهُ الباقي ثلاثونَ، لكلِّ واحدٍ عشرةٌ؛ كالنَّصيب.

مسألةٌ: زوجَةٌ، وأَبوانِ، وابنانِ، وأَوْصَىٰ بمثْلِ نصيبِ أحدِ الابنَيْنِ إلاَّ جزءَ ما تَبقَّىٰ من المالِ بعدَ النَّصيبِ: مسألةُ الورثةُ تصحُ من ثمانيةٍ وأربعينَ، ونجعلُ الوصيةَ ديناراً، نضمُّهَا إلى هٰذِهِ السِّهام، ثم نُسقِطُ نصيبَ ابنٍ، وهو ثلاثةَ عشرَ سهماً، يبقَىٰ خمسةٌ وثلاثونَ سهماً وديناراً، نَأخُذُ خمُسَهَا، وهو سبعةُ أسهم، وَخُمُسُ دينارٍ، ونُسْقِطُهُ من نصيبِ الابنِ، يبقَىٰ ستةُ أَسهمٍ إلاَّ خُمُسَ دينارٍ، وذلِكَ[2] يعدلُ المضمومَ إلى السِّهام، فإذَا أَجْبَرنا وقابلْنَا، عادلَتْ ستةُ أسهم ديناراً، وخُمُسَ دينارٍ، فيكونُ الدينارُ الواحدُ خمسةَ أسهم، فتبيَّنَا أنَّ المضمومَ إلىٰ سهامِ الورثةِ خَمسةٌ، وأنَّ جميع المالِ ثلاثةٌ وخمسونَ سهماً، يَخرجُ منها ثلاثةَ عشرَ فيبقَىٰ أربعونَ نَسترجعُ من الثلاثةَ عشرَ مثلَ خُمُسِ الأربعينَ، وهو ثمانيةٌ؛ يبقَىٰ مع المُوصَىٰ له خمسةُ أسهم، والبَاقِي ثمانيةٌ وأَرْبعُونَ للورثَةِ.

---

(١) سقط في: ز.

(٢) في ب: وذلك يعدل دينار.

القسم الثَّانِي: ما إِذَا قُيِّدَ الاستثناءُ بِجُزْءٍ ممَّا يبقَىٰ منَ المالِ بعدَ الوصيةِ، قالَ المعنيُّون بهٰذَا الفَنِّ: الجزءُ من باقِي المالِ بعدَ الوصيةِ مثْلُ الجزءِ الَّذي يقعُ تَحْتَه من باقِي المالِ بعْدَ النَّصيبِ، فعُشْرُ البَاقِي بَعْدَ الوصيَّةِ كتسع الباقِي بعدَ النَّصيبِ [وتسع الباقي بعد الوصية، كثمن الباقي بعد النصيب][1] وعلَى هَذَا القياسُ؛ حتَّىٰ ينتهيَ إلَىٰ ثلثِ البَاقِي بعدَ الوصيَّةُ، فهُوَ كنصفِ الباقِي بعدَ النَّصيب، وخرَّجُوا صُوَرَ هٰذَا القِسْمِ بطريقَيْنِ.

أَحَدُهُمَا: البناءُ علَى القاعدةِ المذْكُورَةِ؟ فإِذَا أوْصَىٰ، وله ثلاثةُ بنين بنصيب أحدِهِمْ إلاَّ [ربع ما يبقى من المال بعد الوصية، فهو كما لو أَوْصَىٰ بنصيب أحدهم إلاّ][2] ثُلُثَ ما يبقَىٰ بعدَ النّصيبِ، فَنأْخُذُ مالاً، ونُلقِي منه نصيباً؛ يبقَىٰ مالٌ ناقصٌ بنصيبٍ نزيدُ عليه ثلثَه؛ للاستثناءِ، وهو ثلثُ مالٍ إلاَّ ثلثَ نصيبٍ، يبلغُ مالاً وثلثَ مالٍ إِلاَّ نصيباً وثلثَ نصيبٍ، يعدلُ ثلاثةَ أنصباءٍ، فيجبرُ ويقابل؛ فإِذَنْ مالٌ وثلثُ مالٍ يَعْدِلُ أربعةَ أَنصباءٍ وثُلُثَ نصيبٍ، نبسُطُهَا أثلاثاً ونقلبُ الاسمَ، فالمالُ ثلاثةَ عشر والنصيبُ أربعةٌ نُدْفَعُ إلى المُوصَىٰ له أَربعةً، ويبقَىٰ تسعة تَستردُّ من الأربعةِ ثلثَ التِّسعَةِ الباقيةِ، يبقَىٰ عندَه سهمٌ، ويحصلُ للبنينَ اثنا عشرَ؛ لكلِّ واحدٍ أربعةٌ، فالَّذي أَخذَه المُوصَىٰ له مثلُ النصيبِ إِلاَّ ثلثَ البَاقِي بعدَ النَّصيبِ، ومثلُ النَّصيبِ إِلاَّ ربعَ البَاقِي بعدَ الوصيَّةِ؛ لأنَّ البَاقِيَ بعدَ الوصيَّةِ اثنَا عشرَ، وربعُهَا ثلاثةٌ.

والثاني: أَنَّا نَعلَمُ أَنَّ باقِيَ المالِ في الصورةِ المذكورةِ بعدَ الوصيَّةِ أَنْصِبَاءُ البنينَ، وهي ثلاثة وربعُهَا ثلاثةُ أرباعِ نصيبٍ، فهو المُسْتَثْنَىٰ من نَصيبِ أَحدِ البنين، يبقَىٰ ربعُ نصيبٍ، وهو الوصيةُ، فَنَزِيدُ على أنصباءِ البنينَ، تبلغُ ثلاثةَ أنصباءٍ ورُبُعَ نصيبٍ، نَبْسُطُهَا أَرباعاً بالضَّرْبِ في أَربعةٍ، يكونُ ثلاثةَ عشرَ، والوصيةُ سهمٌ.

القسمُ الثالثُ: ما إِذَا أَطلقَ الاستثناءَ، فقالَ: أوصيتُ لَه بمثلِ نصيبِ فُلاَنٍ إِلاَّ رُبُعَ ما تَبقَّى من المالِ، ولم يقلْ بعدَ النَّصيبِ، ولاَ بعدَ الوصيَّةِ، حكى الأُستاذُ أبو منصورٍ فيه وجهَيْنِ عن الأصحَابِ:

أَحدُهُما: أنَّه يُحْمَلُ علَى البَاقِي بعدَ النَّصيبِ، لِأَنَّ المذكور، هو النصيبُ، فينصرفُ الاستثناءُ إليه.

والثَّاني: وبه قالَ أكثرُهم: أنَّه يُحْمَلُ علَى البَاقِي بعدَ الوصيَّة، لأنَّ البَاقِي بعدَ الوصيَّةِ أكثرُ من البَاقِي بعدَ النَّصيبِ، فيكونُ جزءُ المُستثنَىٰ من النَّصيبِ أكثرَ؛ فيكونُ البَاقِي للمُوصَىٰ له أقلَّ، وقد تقرَّر تنزيلُ الوصَايَا والأقاريرِ علَى الأقلِّ المستيقَنِ، ثمَّ

---

(١) سقط في: ز.
(٢) سقط في: ز.

طريقِ الحِسابِ علَىٰ ما سبقَ، هذا هو النقلُ في الأقْسَامِ الثلاثةِ، وكانَ يحتملُ أن يُجْعَلَ الاستثناءُ منَ البَاقِي بعدَ الوصيَّةِ صريحاً كالاستثناءِ من البَاقِي بعدَ النَّصيبِ [لأن الموصى به هو النصيبُ، فسواءَ، قال بعد الوصية أو بعد النصيب][1] إلاَّ، أنَّهم قالُوا: لفظُ «النَّصيبَ» لا يَحْتَمِلُ إلاَّ ما يأخُذه الوارثُ ولفظُ «الوصيةِ» يَحتَمِلُ ما دونَه، فإذَا صحَّحْنا المسأَلَةَ علَىٰ ما مضَىٰ، فقدْ وفيْنَا بالمستيقَنِ من قضيةِ اللفظِ، فصارَ كَمَا لَوْ أَوْصَىٰ بمالٍ، ينزَلُ علَى الأقلِّ.

فَصلٌ

«في الوصيَّةِ بالنصيبِ مع استثناءِ جزءٍ ممَّا تبقَّى من جزءٍ من المالِ».

هذا يَجيءُ فيه الأَقْسَامُ المبينةُ في الفصلِ السابِقِ، والقسمُ الثَّالثُ فيه الوجْهَانِ، وإنْ صرَّحَ بذِكرِ النصيبِ، فأَوْصَىٰ، وله ثلاثةُ بنينَ بمثلِ نصيبِ أحدِهِم إلاَّ ثلثَ ما تبقَّىٰ من الثُّلثِ بعدَ النَّصيبِ، فنأخذُ ثلثَ مالٍ وتلقِيَ منه نصيباً؛ يبقَىٰ ثلثُ مالٍ سوىٰ نصيبٍ، نزيد علَيْهِ ثلثَه، وهو تُسْعُ مالٍ، إلاَّ ثُلُثَ نصيبِ الاستثناءِ، فيبلغُ أربعةَ أتساعِ مالٍ سوى نصيبٍ، وثلثِ نصيبٍ، فنزيدُه علَى ثلثَي المالِ، كمال وتسع مالٍ سوَىٰ نصيبٍ، وثلثِ نصيبٍ، يعدلُ أنصباءَ الورثةِ، وهيَ ثلاثة فتُجْبَرُ وتُقَابلُ: فمَالٌ وتسعُ مالٍ يعدلُ أربعةَ أَنصباءٍ وثلثَ نصيبٍ، نبسطُهَا أتساعٍ، وتقلب الاسمَ فالمالُ تسعةٌ وثلاثونَ، والنَّصيبُ عشرةٌ نأخذُ الثلث ثلاثة عشر، فنسقطُ منه نصيباً، وهو عشرةُ تَبْقَىٰ ثلاثةٌ، نسترْجِعُ ثلثَها بالاستثناءِ، يبقَىٰ تسعةٌ، نُسقِطُها من المالِ؛ يبقَىٰ ثلاثونُ لكلِّ ابنٍ عشرةٌ.

وبطريقٍ آخَرَ، نقولُ: ثلثُ المالِ نصيبٌ وثلاثةُ أسهمٍ، نَدفعُ النَّصيبَ إلى المُوصَىٰ له، ونَستردُّ منه بقدرِ ثلثِ البَاقِي، وهُوَ واحدٌ، ونضمُّه إلىٰ الثلاثةِ الَّتي معنَا، يكونُ أربعةً نضمُّها إِلَىٰ ثلثَي، المالِ، وهو نصيبانِ، وستةُ أسهمٍ، يبلغُ نَصِيبَيْنِ وعشرةَ أسهمٍ، [تدفع النصيبين إِلَىٰ ابنين، تبقى عشرة للابْنِ الثالثِ، فعرَفنا أن النصيب عشرةَ أسهمٍ][2] وأن الثلث ثلاثة عشرَ سهماً.

ولو كانتِ المسألةِ بِحَالِها، إلاَّ أَنَّ البنينَ خمسةٌ، فالخطائين تأخذُ ثلثَ المالِ اثنينِ مثلاً، وتجعلُ النصيبَ سهماً، فنسترجعُ ثلاثة من النَّصيبِ، ونضمُّ السَّهمَ، والثلُثَ إلى ثلثَي المالِ، وهو أربعةٌ، تبلغُ خمسةً وثلثاً، وكانَ ينبغِي أنْ يكونَ خمسةً؛ ليكونَ لكلِّ ابنٍ كالنَّصيب، فأخطَأنا بثلثِ سهمٍ، وهو الخطأُ الأوَّلُ.

ثم نَجعلُ ثلثَ المالِ ثلاثةً، والنصيبَ سهمَيْنِ، يبقَىٰ سهمٌ نسترْجِعُ ثلثَه من

---

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

النَّصيبِ، ونضمُّ السَّهمَ، والثُّلثَ إلى ثلثَي، المالِ، وهو ستةٌ يبلغُ سبعةً وثلثاً، وكانَ ينبغِي أن يكونَ عشرةً، فقدْ نقصَ اثنانِ، وثلثانِ، وهُو الخطأُ الثَّانِي.

وهذا ناقصٌ والأَولُ زائدٌ، نجمعُ بينَهُمَا، تبلغُ ثلاثةَ نحفظها، فهي المقسومُ علَيْهَا، ثم نَضْرِبُ ما أخذْنَاه أوَّلاً، وهُوَ الاثنانِ من الخطإِ الثَّاني، يبلغ خمسةً وثلثاً، ونَضْرِبُ ما أخذْنَاه ثانياً، وهو ثلاثة[1] في الخطأ الأوَّلِ، وهو ثلثٌ، يكونُ سهماً نجمع بينهُمَا، يكونُ ستةً وثلثاً، نبسطُها أثلاثاً، يكونُ تسعةَ عشرَ، فلو قَسَمْنَاها على الثلاثةِ المحفوظةِ، خرجَ من القسمةِ ستةٌ وثلثٌ، واحتَجْنا إلَى البَسط ليزولَ الكَسرُ، فينزِلُ القسمةُ، ونقول: الثلث تسعةَ عَشَرَ، ونَضرِبُ النَّصيبَ الأوَّلَ في الخطإِ الثَّاني، يكونُ اثنينِ وثلاثينَ، والنَّصيبَ الثَّانِيَ في الخطإِ الأوَّلِ وهو ثُلُثٌ، يكونُ ثَلاثينَ، ومجموعُهُمَا ثلاثَةٌ وثلثٌ، نبسطُها أثلاثاً؛ ونترك القسمة، فالنصيبُ عشرةٌ، نأخذُ ثلثَ المالِ تسعةَ عشرَ، ونُسقِطُ منه النصَّيبَ، وهو عشرةٌ تبقَىٰ تسعةٌ، نسترجِعُ ثلثَها من النَّصيبِ، يبقَىٰ عند الموُصِي سبعةٌ، نسقِطُها من جملةِ المَالِ؛ يبقَىٰ خمسةٌ للبنينَ.

مسألةٌ: أربعةُ بنينَ، وأوْصَىٰ بمثلِ نصيبِ أحدِهِم، إلاَّ رُبُعَ ما بقِيَ من الثُّلثِ بعدَ ثلثِ النَّصيب، نَأخُذُ ثلثَ مالٍ، ونُسقِطُ منه نصيباً يَبقَىٰ ثلثُ مالٍ سوء نصيبٍ، ثُمَّ تسترجعُ من النصيبِ ربعَ البَاقِي من الثلثِ بعدَ ثلثِ النصيبِ، وهو نصف سدسِ مالٍ إلاَّ سدُسِ[2] نصيبٍ، ونُضَمُّ إلى مَا معنَا، تبلغُ خمسةَ أجزاءٍ من اثنَيْ عشرَ جزءاً من مالٍ إلاَّ نصيباً، وجزءٌ من اثنَيْ عشرَ جزءاً من نصيبٍ، نزيدُه علَى ثُلثَي المالِ، يبلغُ مالاً وجزءاً مِن اثْنَيْ عشرَ جزءاً من مالٍ إلاَّ نصيباً، وجزءاً من اثنَيْ عشرَ جزءاً من نصيبٍ يعدلِ أنصباءِ الورثةِ، وهِيَ أربعةٌ، تُجْبَرُ وتقابلُ فإذن مالٌ وجزءٌ منْ اثنَيْ عشرَ جزءاً من مالٍ يعدل خمسةِ أنصباءٍ وجزءاً من اثني عشرَ جزءاً من نصيبٍ، ثم إنْ شئتَ، فقلْ: نبسطُها بأجْزَاءِ اثنَيْ عشرَ، ونقلب الاسمَ، فالنصيبُ ثلاثَةَ عشرَ، والمالُ أحد وستون وإن شئتَ، فقلْ: تضربُ خمسةً وجزءاً من اثني عشرَ في اثني عشرْ يبلغُ أحدَ وستين، فهو المالُ، ولكنَّ ليسَ لأحَدٍ وستينَ ثلثٌ؛ فنضربُها في ثلاثةٍ، تبلغُ مائةً وثلاثةً وثمانينَ، فهُوَ المالُ والنصيبُ تسعةٌ وثلاثونَ، نأخذُ ثلثَ المال؟ وهو أحدٌ وستونَ، ونَعزِلُ منه تسعةً وثلاثينَ للنَّصيبِ، ثم نَسترْجِعُ منه اثنَيْ عَشَرَ، لأنَّ البَاقِي من الثُّلثِ بعدَ ثلثِ النصيبِ ثمانيةٌ وأربعونَ، وربعُهَا اثنا عشرَ يبقَىٰ للمُوصَىٰ له سبعةٌ وعشرونَ، نُسقِطُها من المالِ، يبقَىٰ مائةٌ وستةٌ وخمسونَ؛ لكلِّ ابنٍ تسعةٌ وثلاثونَ.

فَرْعٌ: لو أوْصَىٰ بمثلِ نصيبِ أحدِ الورثةِ إلاَّ ثُلُثَ ما يبقَىٰ، ولم يزدْ علَيْه، فعنْ

---

(١) في ز: ثلثه.

(٢) في ز: إلاَّ نصف سدس.

أبي حنيفةَ: أنّه يُجْعَلُ كأنّه قالَ: إلاّ ثلثَ ما يبقَىٰ من الثلثِ بعدَ النصيبِ، وعندنَا: كأنّه قال: إلاّ ثلثَ ما يبقَىٰ من المالِ بعدَ الوصيةِ؛ لأنه الأقلّ المستيقَنُ، فإذَا كانَ له ابنانِ، والصورةُ هٰذه، فنحنُ نعطِيه واحداً من تسعةٍ؛ لأنّ لكلِّ واحدٍ من الابنينِ والمَوصَىٰ له ثلاثةٌ، ثم نسترجعُ منه بقَدْرِ ثلثِ الباقِي، وهو سهمانِ، يبقىٰ معنا واحدٌ، وعلَىٰ قولِهم يُعْطَىٰ تمامُ الثلثِ؛ لأنه إذَا أُعْطِيَ ثلاثةً، لم يبقَ من الثلثِ شيءٌ؛ حتَّىٰ يستثنى ويضمَ إلى ما للورثة، ذَكَرَ الفرعَ هكذا صاحبُ «التَّتِمَّةِ» وفيه خَبْطٌ، واللّٰهُ أعلمُ.

وأمَّا إذَا صرَّح بذكْرِ الوصيةِ، والباقِي من الجزءِ فقَال، وله ثلاثةُ بنينَ: أَوْصَيْتُ بمثلِ نصيبِ أحدِهم، إلاّ ثُلُثَ ما يبقَىٰ من الثلثِ بعدَ الوصيةِ، فطريق الحسابِ فيهِ علَىٰ قياسِ ما سبَقَ؛ لكنْ يستعملُ بدلَ ثلثِ البَاقِي من الثلثِ بعد الوصيةِ؛ نصفَ البَاقِي من الثلثِ بعدِ النصيبِ؛ كما مرَّ في الفصلِ السَّابِقِ، ونجْرِي في الصورةِ المذكورةِ طريقَيْنِ:

إحداهما: طريقةُ المقاديرِ: فنأخُذُ ثُلُثَ، ونُسقطُ منه نصيباً، يبقَىٰ ثلثُ مقدارٍ، فنزيدُ علَيه نصفَه؛ للاستثناءِ يحصلُ معَنَا مقْدَار ونصفُ مقْدارٍ، فندفع من كلِّ ثلثٍ نصيباً إلىٰ أنْ يبقَىٰ من كلِّ ثلثٍ مقدارٌ نضمُّه إلى ما معنَا من الثلثِ الأَوَّلِ، فيحصُلُ معنَا ثلاثةُ مقاديرَ ونصفُ مقدارٍ، فهُو للابنِ الثالثِ، فعلِمْنَا أنَّ النصيبَ ثلاثةُ مقاديرَ ونصفُ مقدار، وكانَ الباقِي من الثلثِ بعدَ النصيب مقدارٌ، فيكونُ جميعُ الثلثِ أربعَةَ مقاديرَ، ونصفَ مقدارٍ، نبسطُها أنصافاً، تبلغُ تسعةَ وجميعُ المالِ سبعةُ وعُشرون، والنصيبُ سبعةٌ، فإذَا أخذْنَا ثلثَ المالِ، وهو تسعةٌ عزلْنَا[1] منه سبعةً، تبقَّىٰ اثنانِ، نَسترجِعُ نصفَها من النصيبِ، وهو واحدٌ[2] يبقَىٰ مع المُوصَىٰ له ستةٌ، ومعَ البنينُ أَحدٌ وعشرونُ، لكلِّ واحدٍ سبعةٌ، كالنَّصيب، وإذَا خرجتِ المسألةُ، هكذا، فما أخذَه الموصَىٰ له، كما أَنَّه مثلُ النصيبِ إلاّ نِصْفَ ما يبقَىٰ من الثلثِ بعدَ النصيبِ، فهو مثلُ النصيبِ وإلاّ ثلثَ ما يبقىٰ من الثلثِ بعدَ الوصيَّةِ؛ لأنَّ الثلثَ تسعةٌ، والوصيةَ ستةٌ، فالبَاقي ثلثة، والستَّةُ ناقصةٌ عنِ النصيبِ بثلث الثلاثةِ.

والثانيةُ: أنْ يقَالَ: ثلثُ المالِ نصيبٌ ناقصٌ، وثلاثةُ أسهم فجميع المالُ ثلاثةُ أنصباءَ، وتسعةُ أسهم، لكن تعلمُ أنَّه لا نقصانَ في نصيبَيْنِ؛ لأنَّهما لابْنَيْنِ، وإنَّما النقصانُ في نصيبِ المُوصَىٰ له، فرجعتِ السِّهامُ إلَىٰ سبعةٍ، ندفعُ نصيبَيْنِ كامَلَيْنِ إلَىٰ اْثنينِ، يبقَىٰ سبعةُ أسهم، نأخذُها للابن الثَّالث، فعرَفْنا أنَّ النصيبَ الكاملَ سبعةُ أسهم، وأنَّ النصيبَ النَّاقصَ سَتةٌ، لأنه كَمُلَ بسهم فإذن الثلثُ الَّذي قلْنا: إنَّه نصيبٌ ناقصٌ وثلاثةُ أسهمٍ، والمالُ سبعةٌ وعشرونَ، وهذه الطريقةُ حكاها إمامُ الحرَميْنِ عن

---

(١) في ب: عشر لنا.
(٢) في ب: أحد.

الصيدَلاَنِيّ وذَكَرَ أَنَّ الصيدلانِيَّ وغيْرَه، لم يتعرَّضُوا للوُجُوهِ الثلاثةِ التي فصَّلنَاها في الاستثناءِ، ولا بدَّ منه، وربَّمَا اعتضدَ بما حكاه الاحتمالُ الذي قدَّمناه في أنَّ التصْريحَ في الوصية لهو بالنصيب.

فَصْلٌ

في الوصيَّةِ بجزءٍ من المالِ وبالنَّصيبِ مع استثناءِ جزءٍ من باقِي المالِ البَاقِي من المالِ، قد يقيد بما بعد النصيب وقد يقيَّدَ بما بعدَ الوصيةِ، وقدْ يُطْلَقُ كما مرَّ؛ فإنْ جرَىٰ ذكرُ النصيبِ؛ بأنْ أوْصَىٰ، وله ابنان، لزيدٍ بربعِ المالِ، ولعمرو بمثلِ نصيبِ أحدِهِما، إلاَّ ثُلُثَ ما تبقَّىٰ من المالِ بعدَ النصيبِ، فنأخذُ مالاً، ونجعلُ رُبُعَهُ لزيدٍ، يبقَىٰ ثلاثةُ أرباعِ مالٍ، نَصْرِفُ منْهَا نصيباً إلى عمرو، يبقَىٰ ثلاثةُ أرباعِ مالٍ إلاَّ نصيباً، نسترجِعُ من النصيبِ مثلَ ثلثِ هذا الباقي، وهو ربعُ مالٍ إلاَّ ثلثَ نصيبٍ، نزيدُه على ما معنَا يبلغُ مالاً إلاَّ نصيباً، وثُلُثَ نصيبٍ، وذلِكَ يعدُلُ نصيبَيْنِ، فتُجْبَرُ وَتُقَابلُ: فإذن مالٌ يعدلُ ثلاثةَ أَنصباءٍ، وثلثَ نصيبٍ، فنبسطُها أثلاثاً، وتقلب الاسم، فالمالُ عشرةٌ والنصيبُ ثلاثةٌ، نصرفُ ربعَ العشرةِ إلى زيدٍ، يبقَىٰ سبعةٌ ونصفٌ، نعزِلُ منها ثلاثةً لعمرو يبقَىٰ أربعةٌ ونصفٌ نرْجِعُ ثلثَها من الثلاثةِ، وهو واحدٌ ونصفٌ، ونضمُّه إلى ما معنَا يبلغُ ستةً، لكلِّ واحدٍ ثلاثةٌ كالنصيبِ، فإنْ أَردْنَا إِزالَةَ الكسرِ، بسطْنَا العشرةَ أنصافاً، وقلنا: المالُ عشرونَ، والنصيبُ ستةٌ وبطريقِ المقادير: نجعلُ المالَ عدداً له بعدَ الربعِ والنصيبِ ثلثٌ، فليكنْ ثلاثةً، نزيدُ عليها ثلثَها، يكونُ أربعةً، نقسِّمُها بين الاثنين، لكلِّ واحدٍ منهما سهمانِ فإذن: النصيبُ سهمانِ، نزيدُهُما على الثلاثةِ، تبلغُ خمسةً، وهي ثلاثةُ أرباعِ المالِ، فنزيدُ عليها ثلثَها؛ لنكملَ المالَ، تبلغُ ستةً وثلاثينَ، نبسطُهُا أثلاثاً، يكونُ عشرون، وبالخطائين يجعل المالَ ثمانيةً مثلاً، ونسقطُ ربعَها لزيدٍ، ثمَّ نجعلُ النصَّيب ثلاثةً، ونسترجعُ منها ثلثَ البَاقِي، وهوَ واحدٌ يبلغُ ما معنا أَربعةً، وكانَ ينبغِي أنْ يكونَ ستةً، ليأخذَ كلُّ واحدٍ منها ثلاثةً، فقد نقصَ اثنانِ، وهو الخطأُ الأوَّل.

ثم نجعلُ المالَ اثنَيْ عشرَ، ربعُهُا لزيدٍ، ونجعلُ النصيبُ ثلاثةً، ونسترجعُ منها ثلثَ الباقِي، وهو اثنانِ يكونُ معنا ثمانيةٌ، وكان ينبغِي أَنْ يكونَ ستةً، فقد زادَ اثنانِ، فجمعَ بينَ الخطأيْنِ؛ لأنَّ أَحدَهُمَا زائدٌ، والآخرَ ناقصٌ، يبلغ أربعةً فتحفظها، ثمَّ تَضربُ المالَ الأوَّلَ في الخَطإِ الثَّاني، يكونُ ستةَ عشرَ، وتضربُ المالَ الثَّاني في الخطإِ الأوَّلِ، يكونُ أربعةً وعشرينَ، ونجمعُ بينهما، يكونُ أربعينَ، نُقَسِّمُهَا على الأربعةِ المحْفُوظةِ؛ يخرجُ عشرةٌ فهو المالُ، ويبلغُ بالبسط عشرينَ وهذا إِذَا قُيِّدَ بالنَّصِيب، أمَّا إذا قُيِّدَ بالوصيةِ، فأوْصَىٰ، وله ابنَانِ، بربع المالِ، ولآخرَ بمثلِ نصيبِ أَحدِهِما، إلاَّ ثلثَ ما يبقَىٰ من المال بعدَ الوصيةِ، فهو بمثابةِ ما لو قال: إلاَّ نصفَ ما يبقَىٰ من المالِ

بعدَ النصيبِ؛ علَىٰ ما أسلفنا، وحينئذٍ: فنأخذُ مالاً، ونجعلُ لزيدٍ ربعَه، تبقَىٰ ثلاثةُ أرباعِ مالٍ، ندفعُ منها نصيباً إلىٰ عمرو، يبقَىٰ ثلاثةُ أرباعِ سوَىٰ نصيبٍ، نسترجعُ منه نصفَ هَذا الباقي، وهو ثلاثةُ أثمانِ مالٍ سوى نصفِ نصيبٍ، ونزيدُه على ما معنا، فيبلغُ مالاً وثُمنَ مالٍ إلاَّ نصيباً، ونصفَ نصيبٍ، وذلك يَعْدُلُ نصيبينِ، فإذَا جبرنَا وقَابَلْنَا، فمالٌ وثُمنُ مالٍ يعدلُ ثلاثةَ أنصباءٍ، ونصفَ نصيبٍ، نبسطُها أثلاثاً، والمالُ ثمانيةٌ وعشرون، والنصيبُ تسعةٌ، تدفعُ ربع المالِ إلى زيدٍ، وهو سبعةٌ، تبقَىٰ أحد وعشرونَ تفرز منها [تسعة][1] لعمرو؛ يبقَى اثنا عشرَ، نَسترجعُ منها نصفَها، وهو ستة من التسعةِ، ونضمُّها إلى ما معنَا، تبلغُ ثمانيةَ عشرَ لكلِّ ابنٍ تسعةٌ؛ كالنصيب، فالثلاثةُ السالمةُ لعمرو، كما أنَّها مثلُ النصيبِ إلاَّ نصفَ البَاقِي من المالِ بعدَ النصيبِ، فهُوَ مثلُ النصيبِ إلاَّ ثلثَ البَاقِي من المالِ بعدَ الوصيةِ، لأنَّ البَاقِيَ من المالِ بَعْدَ الوصيةِ ثمانيةُ عَشَرَ، والستةُ المستثناةُ ثلثُها.

فَصْلٌ

«في الوصيَّةِ بجزءٍ شائعٍ من المالِ وبالنصيب مع استثناءِ جزءِ ما يبقَىٰ من جزءٍ من المالِ».

مثالُه: خمسةُ بنينَ، وأوْصَىٰ لزيد بثمن مَاله، ولعمرو بثلثِ ما تبقَىٰ من الثلثِ بعدَ الثُمنِ، والنصيب، نأخذ ثلثَ مالٍ، وتَلقِي منه ثمن جميعِ المالِ، يبقَىٰ خمسةٌ من أربعةٍ وعشرينَ جزءاً من المالِ، تُفرز منه نصيباً لعمرو؛ يبقَىٰ خَمسةٌ من أربعةٍ وعشرينَ جزءاً، سوى نصيبٍ، نسترجعَ من النصيب ثُلُثَ هذا الباقِي، ولَيْسَ للخمسةِ ثلثُ صحيحٌ، فنضربُ المالَ في ثلاثةٍ، يكون اثنينِ وسبعينَ، ويكونُ معنا خمسةَ عشرَ جزءاً من اثنينِ وسبعينَ جزءاً من المالِ، سوى نصيب نزيد ثلث هذا المبلغ عليه يكونُ عشرينَ من اثنينِ وسبعينَ جزءاً من المالِ، سوى نصيب وثلث نصيب تزيده على ثلثَي المالِ، وهو ثمانيةٌ وأربعونَ، يكونُ ثمانيةً وستِّينَ جزءاً من اثنينِ وسبعينَ جزءاً سوَىٰ نصيبٍ وثلثِ نصيب، يعدلُ أنصباءَ الورثةِ، وهي خمسةٌ، فإذَا جَبَرْنَا وقابلْنا؛ فثمانيةٌ وستونَ تَعْدِلُ ستةَ أنصباءَ، وثلثَ نصيبٍ، فنبسطُها بأجزاء، اثنينِ وسبعينَ، ونقلبُ الاسمُ، فالمالُ أربعمائةٍ وستةٌ وخمسون، والنصيبُ ثمانيةٌ وستونَ، نأخذُ ثلثَ المالِ، وهو مائةٌ واثنانِ وخمسونَ ونُلقِي منها ثُمنَ المالِ، وهو سبعةٌ وخمسونَ، يبقَىٰ خمسةٌ وتسعونَ؛ نلقي منه نصيباً، وهُوَ ثمانيةٌ وستونَ؛ يبقَىٰ سبعةٌ وعشرون، وتسترجعُ من النصيبِ ثلثَهَا ونزيدُها على السبْعَةِ والعشرينَ، تبلغُ ستةً وثلاثينَ، نزيدُها على ثُلثَي المالِ وهو [ثلاثمائة وأربعة أسهم تبلغ

---

(١) في ز: سبعة.

ثلاثمائة][1] وأربعينَ، لكلِّ ابنٍ ثمانيةٌ وستونَ؛ كالنصيبِ، هذا إذا صرَّح بذكر النصيب.

فإنْ كانتِ المسألةُ بحالِها، إلاَّ أنَّه أوْصَىٰ لعمرو بثلثِ ما يبقَىٰ من الثُّلُثِ بعْدَ الثمنِ، وبعدَ وصيَّتِهِ، فالحسابُ كما مضَىٰ ولكنْ نجعلُ بدلَ استثناءِ ثلثِ البَاقِي من الثلثِ بعدَ الوصيَّةِ نصفَ الباقي من الثلثِ بعدَ النصيب، ونستخرجُ المسألةَ، فنأخذُ ثلثَ مالٍ، ونسقِطُ منه ثمنَ جميعِ المالِ؛ يبقَىٰ خَمْسةٌ من أربعةٍ وعشرينَ جزءاً من المالِ، نُقرِّرُ منه نصيباً لعمرو، ونسترجعُ من النصيبِ نصفَ البَاقِي، وليسَ للخمسةِ نصفٌ صحيحٌ، فنضربُ المالَ في اثنينِ، تكونُ ثمانيةً وأربعينَ، ويكونُ معنا عشرةُ أجزاءٍ من ثمانيةٍ وأربعينَ جزءاً من المالِ سوى نصيبٍ، نزيدُه عليه نصفَه، يكونُ خمسةَ عشرَ جزءاً من ثمانيةٍ وأربعينَ سوَىٰ نصيبٍ، ونصفِ نصيبٍ نزيدِه علَىٰ ثلثي المالِ، وهو اثنانِ وثلاثونَ من ثمانيةٍ وأربعينَ جزءاً، يبلغُ سبعةً وأربعينَ جزءاً من ثمانيةٍ وأربعينَ، سوى نصيبٍ ونصفِ نصيبٍ يَعْدِلُ أنصباءَ الورثةِ، وهي خمسةٌ، فتجبرُ وتقابلُ فسبعةٌ وأربعونَ جزءاً من ثمانيةٍ وأربعينٍ تَعْدِلُ ستةَ أنصباءٍ ونصفِ نصيبٍ، نبسطُها بأجزاء ثمانيةٍ وأربعينَ فالمالُ ثلاثمائةٍ واثني عشرَ، والنصيبُ سبعةٌ وأربعينَ، نأخذُ ثلثَ المالِ، وهو مائةٌ وأربعةٌ ونُسقِطُ منه ثُمَنُ المالِ، وهو تسعةٌ وثلاثونَ، يبقَىٰ خمسةٌ وستونَ، فنُسقِطُ منه النصيبَ سبعةً وأربعينَ يبقى ثمانيةَ عشَرَ، نسترجعُ من النصيبِ نصفَها، تسعةً، ونزيدُها علَيْهَا، تكونُ سبعةً وعشرينَ، نزيدُها علَى ثلثِي المالِ، وهو مائتانِ وثمانيةٌ، تبلغُ مائتين وخمسةً وثلاثينَ لكلِّ ابنٍ سبعةٌ وسبعون فالتسعةُ التي هي نصفُ البَاقي من الثلثِ بعد الثُّمنِ، والنصيبُ ثلثُ البَاقي من الثلثِ بعدَ الثمنِ والوصيةِ، فإنَّ الثُّمُنَ تسعةٌ وثلاثونَ، والذي يُسلَّمُ لعمرو ثمانيةٌ وثلاثونَ، يبقَىٰ سبعةٌ وعشرونَ.

فَصْلٌ

في الوصيَّةِ بمثْلِ نصيبِ وارثٍ أو عدد من الورثة، إلاَّ بمثل نصيب وارثٍ آخَر، وعدد منهم، هذه الوصيةُ إما أنْ تتجرَّد عن الوصية بجزء شائع من المالِ، والوصيةُ بجزءٍ مما تبقَّىٰ من المال أو بجزء من جزءٍ مما تبقَّىٰ أَوْ لا يتجرَّد.

أمَّا الحالة الأُولَىٰ: : فلا حاجةَ فِيهَا إلى الطُّرُق الجبْرِيَّة، ولكن تقام مسألة الورثة، وتؤخذ سهام من أَوصَىٰ بمثل نصيبه، فينقص منها نصيبه من اَستثنَىٰ مثل نصيبه، ويزاد ما بَقِيَ علَى مسألة الورثة، فمنه تصحُّ:

المثالُ: زوجةٌ وأختٌ وعمٌّ، وأوصَىٰ بمثل نصيب الأخت إلاَّ مثل نصيب الزوجة،

---

(١) سقط في: ز.

هي من أربعة، ونصيب الأختِ سهمان، ينقص منهما نصيب الزوجة، وهُوَ سهْمٌ، يبقَىٰ سهمٌ، نزيدُهُ على الأربعة، فيكون خمسةً، واحدٌ، منها للموصَىٰ له، والباقي للورثة.

زوجة وثلاثُ أخواتٍ متفرِّقات، وأوْصَىٰ بمثلِ نصيبِ الزوجةِ، إلاَّ مثلَ نصيبِ الأختِ للأمِّ، فالمسألةُ تعولُ إلَىٰ ثلاثةَ عشر، ومنها تصحُّ للزوجةِ، منْها ثلاثةٌ نُسْقِطُ منها نصيبَ الأخْتِ للأمِّ يبقَىٰ واحدٌ، نزيدُه على الثلاثةِ، فإنْ أوْصَىٰ مع ذلِكَ الآخَر بمثلِ نصيبِ الأختِ للأبِ والأمِّ إلاَّ مثلَ نصيبِ الزوجةِ، أخذْنَا نصيبَ الأخْتِ للأبِ والأمِّ، وهي ستَّةٌ، ونقَصْنَا منها نصيبَ الزوجةِ، وهو ثلاثةٌ؛ يبقَىٰ ثلاثةٌ، نزيدُها أيضاً علَى الثلاثةَ عشرَ، يكون الكلّ سبعةَ عشرَ، واحدٌ للمُوصَىٰ له الأولِ، وثلاثةٌ للثَّانِي، والباقي للورثةِ، ولو أوْصَىٰ بمثلِ نصيبِ بَعْضِ الورثةِ إلاَّ نصيبَ وارثٍ آخرَ، لو كانَ، فيقامُ سهامُ الفريضةِ من عددٍ، يصحُّ على الموجودِينَ، وعليهِم معَ ذلك للوارثِ المقدَّر، ثم نأخذُ نصيبَ الذي أوْصَىٰ بمثلِ نصيبِهِ، ونسقِطُ منه نصيبَ المستثنَىٰ مثلَ نصيبِه، فما بَقِيَ، يزادُ علَىٰ ذلك القدرِ وتصحُّ منه.

مثالُه: ثلاثةُ بنينَ وزوجٌ، وأوصت بنصيبِ الزوجِ، إلاَّ نصيبَ ابنٍ سادسٍ، لو كانَ، فمسألةُ الموجودِينَ من أربعةٍ، ولو كانَ البنونَ ستةً مع الزوجِ، لصحَّتْ من ثمانيةٍ، نجعلُها من ثمانيةٍ، ونأخذُ نصيبَ الزوجِ، وهما سهمان فننقصُ منها نصيبَ الابنِ السادسِ، لو كانَ؛ يبقَىٰ سهمٌ نزيدُه على الثمانيةِ.

الحالةُ الثانيةُ: إذا لم يتجرَّدْ، وفيه صورٌ:

إحداها: أنْ يوصَىٰ مع ذلكَ بجزءٍ شائعٍ من المالِ:

مثاله: أبوانِ، وأوْصَىٰ لزيدٍ بربعِ مالهِ، ولعمروٍ بمثلِ نصيبِ الأبِ إلاَّ مثلَ نصيبِ الأمِّ، فالحسابُ أنْ يُنْظَرَ في مسألةِ الورثةِ وهي من ثلاثةٍ، فأخُذُ مالاً، فنلقى رُبُعَهُ لزيدٍ؛ يبقَىٰ ثلاثةُ أرباعٍ، نلقَى منها نصيبَيْنِ مثلَ نصيبِ الأب ونَسْتَرْجِعُ نصفَها مثلَ نصيبِ الأمِّ؛ فيبقَىٰ ثلاثةُ أرباعِ مالٍ سوَىٰ نصيبٍ يَعدِلُ ثلاثَةَ أنصباءٍ، هي سهامُ الورثةِ، فتجبرُ وتقابلُ: فثلاثةُ أرباعِ مالٍ تَعْدِلُ أربعةَ أنصباءٍ، نبسطُها أرباعاً، وتقلب الاسمَ، فالمال ستة عشر، والنصيبُ ثلاثةٌ، وإذا أخذنا ستة عشر، وأسقطنا رُبعها، بقي اثنا عَشَرَ، نسقط منها نصيبين، وهما ستة؛ ونسترجع نصيباً، وهو ثلاثةٌ يبقى للموصَىٰ له ثلاثةٌ، فإذا أسقطنا الوصيتَيْنِ من المال، يبقَىٰ تسعة، للأبِ ستة، وللأم ثلاثة، ولو كان مع الأبوين زوْجٌ، وأوصتْ لزيدٍ بثلث ماله، ولعمرو بمثلِ نصيب الزوج، إلاَّ مثل نصيب الأب، فنقسم مسألة الورثة من ستةٍ، ثم نأخذ مالاً، ونلقي عليه ثلاثةً لزيد؛ يبقى ثلثا مال؛ نسقط منه ثلاثة أنصباء، هي سهامُ الزوج، ونسترجع نصيبَيْن مثْلَ سهمَي الأب، فيبقَىٰ ثلثا مال إلاَّ نصيباً، يعدل ستة أنصباءَ، فتجبر وتقابل: فثلثا مال يَعْدِلُ سبعة أنصباء، فنبسطها أثلاثاً،

ونقلب الاسم، فالمال أحد وعشرون، والنصيب اثنان، نأخذ أحداً وعشرين، ونسقط ثلثها، لزيد؛ يبقى أربعة عشر، نأخذ منها ثلاثة أنصباء مثل نصيب الزوج، وهي ستة ونسترجع منها أربعةً، يبْقَىٰ لعمرو سهمان، فإذا أسقطنا الوصيَتَيْن، من أحد وعشرين؛ يبقى اثنا عشر، للزوج ستةٌ، وللأب أربعة، وللأم سهمان.

والثانية: أن يوصى مع ذلك بجُزْءٍ ممَّا تبقَّىٰ من المال:

مثاله أبوانِ، وأوصَىٰ لزيد بمثْلِ نصيبِ الأبِ إلاَّ مثل نصيب الأمّ، ولعمرو بربع ما يبقَىٰ من المال، نأخذ مالاً، ونُلْقي منه نصيبين، هما نصيبُ الأب من مسألة الورثة، ونسترجع نصيباً، وهو نصيب الأمّ؛ فيبقى مالٌ سوى نصيبٍ، ندفع رُبُعَهُ إِلَىٰ عمرو، وهو ربع مال إلاَّ ربع نصيب، نلقي[1] ثلاثة أرباع إلاَّ ثلاثة أرباع نصيب، تَعْدل ثلاثة أنصباء، هي سهام المسألة، فنجبر ونقابل، بثلاثة أرباع مال، تعدل ثلاثة أنصباء، وثلاثة أرباع نصيب، فَنَبْسُطُها أرباعاً ونقلب الاسم، فالمال خمسة عشر، والنصيب ثلاثة، نأخذ خمسة عشر، ونسقط منه نصيبين، وهما ستة، ونسترجع نصيباً، وهو ثلاثة يبْقَىٰ اثنا عشر، رُبُعُهَا لعمرو، يبْقَىٰ تسعة، ستة للأبِ، وثلاثةٌ للأم.

والثالثة: أن يوصِيَ مع ذلك بجُزْءٍ من جزء مما تبقَّى من المال:

مثاله: أبوان، وأوصَىٰ لزيدٍ بمثل نصيب الأب، إلاَّ مثل نصيب الأم، ولعمرو بربعِ ما يبقَىٰ من ثلثي المال، نأخذُ ثلثيْ مال، ونسقط منه نصيبَيْنِ ونسترجع منه نصيباً؛ يبقَىٰ ثلثا مال، سوى نصيب؛ نسقط ربعة لعمرو، وهو سدس مال، إلاَّ ربع نصيب؛ يبقَىٰ نصف مال إلاَّ ثلاثة أرباع نصيب، يزيد على ثلث مال، يبلغ خمسة أسداس مال، إلا ثلاثة أرباع نصيب، تعدل ثلاثة أنصباء، هي سهام المسألة، فنجبر ونقابل، فخمسةُ أسداسِ مالٍ تعدل ثلاثة أنصباء وثلاثة أرباع نصيبٍ، نَبْسُطَها [بأجزاء][2] اثني عشر، ونقلب الاسم، فالمال خمسة وأربعون، والنصيبُ عشرة، نأخذ ثلثي المال، وهو ثلاثون ونسقط منها نصيبين، وهما عشرون ونسترجع نصيباً، يبقَىٰ معنا عشرون، ونسقط ربعه لعمرٍو، يبقَىٰ خمسة عشر، نزيدها عَلَىٰ ثلث المالُ، يكون ثلاثين، للأبِ عشرون وللأم عشرةٌ.

فَصْلٌ

في الوصيَّة بالنصيب، مع استثناء نصيب وارثٍ آخر منه وجزء شائع أيضاً، الجزء المستثنَىٰ مع النصيب قد يكون من جميعِ المالِ، وقد يكونُ من باقِي المالِ، وقد يكونُ

---

(١) في ز: يبقي.

(٢) سقط في: ز.

من جزءٍ من الباقي: مثال الأوّل: أبوانِ، وأوصَىٰ بمثل نصيب الأبِ إلاَّ مثل نصيب الأُمّ وإلاَّ عشر [جميع][(١)] المال، نأخذ مالاً، وتلقى منه نصيبين، ونسترجع نصيباً وعشر جميع المال، يبقَىٰ مالٌ وعُشرُ مالٍ إلاَّ نصيباً يعدل أنصباء الورثة، وهي ثلاثة، فنجبر ونقابل، فمالٌ وعشرُ مالٍ يعدل أربعة أنصباء، نبسطها أعشاراً، ونقلب الاسم، فالمال أربعون، والنصيب أحدَ عَشَر، نأخذ أربعين، ونسقط منها نصيبَيْن، وهما اثنان وعشرون، ونسترجع منها نصيباً، وهو أحدَ عشرَ وعُشرُ جميع المالِ، وهو أربعةً، فيسلم للموصَىٰ له سبعة، يبقى ثلاثة وثلاثون، اثنان وعشرون منها للأب، وأحد عشر للأُمّ.

ومثال الثاني: المسألة بحالها إلاَّ أنه استثنى مثل نصيب الأُمّ وعُشر ما تبقَىٰ من المال بَعْدَ نصيب الأم تأخذ مالاً، وتلقَىٰ منه نصيب الأب، وهو نصيبان من ثلاثة أنصباء، هي سهام المسألة، ونسترجع منه نصيباً، يبقى مالٌ إلاَّ نصيباً، نزيد عليه مثل عُشره، وهو عُشرُ المال إلاَّ عُشر نصيب، يبلغ مالاً وعُشر مال، إلاَّ نصيباً وعُشر نصيب، يعدل ثلاثة أنصباء، هي سهام المسألة؛ فنجبر ونقابل، ونبسطها أعشاراً، ونقلب الاسم، فالمالُ أحد وأربَعُون، والنصيب أحدَ عَشَرَ، نأخذ أحداً وأربعين، ونسقط منه نصيبين، وهما اثنان وعشرون، وتسترجع نصيباً، فيكون مَعَنَا ثلاثُون، تسترجع عُشرَ الثلاثين مِنْ ذلك النصيب أيضاً، وهو ثلاثة، وتزيده علَىٰ ما مَعَنا، يبلغ ثلاثةً وثلاثين، للأبِ اثنانِ وعشرُون، وللأم أحَدَ عَشَرَ.

ومثال الثالِثِ: المسألةُ بحالها إلاَّ أنَّه استثنَىٰ منه نصيب الأم، وثمن ما تبقَىٰ من ثلثَي المال بعد نصيب الأم، فتأخذ ثلثَيْ مالٍ، وتسقط منه نصيبين، وتسترجع نصيباً، يبقى ثلثا مالٍ سوَىٰ نصيب، تسترجع ثمن هذا المبلغ أيضاً من النصيب، وهو نصف سدسِ مال إلاَّ ثمن نصيب، ونزيده علَىٰ هذا المبلغ، يكون ثلاثة أرباع مالٍ إلاَّ نصيباً وثمن نصيب، نزيده علَىٰ ثلثِ مالٍ، يبلغ مالاً ونصفَ سدسِ مال، إلاَّ نصيباً وثمن نصيبٍ، وذلك يعدل أنصباء الورثة، وهي سهام المسألة، فتجبر وتقابل، فمالٌ ونصف سدس مال، يعدل أربعة أنصباء وثمن نصيب، فتبسطها بأجزاء أربعة وعشرين، وبها التفاوُتُ بين الثمن ونصف السدس، وتقلب الاسم، فالمال تسعة وتسعون، والنصيب ستةٌ وعشرون، تأخذ ثلثَي المال، وهو ستة وستُّون، وتسقط منه نصيبين، وهما اثنان وخمسون، وتسترجع نصيباً، يبقَىٰ معنا أربعون، ونسترجع ثمنه من النصيب أيضاً، وهو خمسة وتزيده على الأربعين، يكون خمسة وأربعين، تزيده على ثلث المال، وهو ثلاثة

---

(١) سقط في: ز.

وثلاثون، تبلغ ثمانية وسبعين للأب بنصيبين اثنان وخمسون، وللأم بنصيب ستة وعشرون، ولو كانت المسألة بحالها، لكنْ قال: وإلاَّ ثمن ما يبْقَىٰ من ثلثَي المال بعْد نصيب الأب، فتأخذ ثلثِي المال، وتسقط منه نصيبين، وتسترجع نصيباً يبقَىٰ ثلثا مال سوَىٰ نصيب، وتسترجع أيضاً من ثلثِي المال بعد النصيبين، وهو نصف سدس مال إلاَّ ربع نصيب، نزيده علَىٰ ثلثَيْ مالٍ سوى نصِيبٍ يبلغ ثلاثة أرباع مالٍ إلاَّ نصيباً وربع نصيب، نزيده علَىٰ ثلث مال، يبلغ مالاً ونصف سدس مال، إلاَّ نصيباً وربع نصيب، يعدل أنصباء الورثة، فتجبر وتقابل، فمالٌ ونصفُ سدسِ مالٍ يعدل أربعة أنصباء وربع نصيب، فتبسطها بأجزاء اثنَيْ عَشَرَ، وتقلب الاسم، فالمال أحد وخمسون، والنصيب ثلاثةَ عَشَرَ، نأخذ ثلثَي المال، وهو أربعة وثلاثون، يسقط منه نصيبين، وهما ستة وعشرون، وتسترجع نصيباً يبقَىٰ للموصَىٰ له ثلاثةَ عَشَرَ، تسترجع منه أيضاً ثمن الباقي من الأربعة والثلاثين بَعْد النصيب، وهو واحدٌ يبقَىٰ له اثنا عشَرَ، يسقطها من جميع المال، يبقَىٰ تسعة وثلاثون، للأب نصيبين ستة وعشرون، وللأم بنصيب ثلاثةَ عَشَرَ.

فَصْلٌ

في الوصايا بالتكملة، والمرادُ منها: البقيَّة التي يبلُغُ بها الشيء حدًّا آخر، فلا تخلُو الوصيَّة بالتكملة: إما أن تتجرَّد عن الوصية بغيرها، والاستثناء فيها أو لا تتجَرَّد:

القسم الأول: فالوصية إما أن تكون بتكملة واحدةٍ أو بتكملتين فصاعداً:

مثال الأول: أَربعةُ بنين، وأوصَىٰ بتكملة ثلثِ ماله بنصيب أحدهم، فتأخذ مالاً، وتصرف ثلثه إلى الموصَىٰ له، وتسترجع منه نصيباً، فيحصل معنا ثلثا مال ونصيب، وذلك يعدل أنصباء الورثة، وهي أربعة، فتلقى نصيباً بنصيب قصاصاً، يبقَىٰ ثلثا مال في معادلة ثلاثة أَنصباء، نبسطها أثلاثاً، وتقلب الاسم، فالمال تسعةٌ، والنصيب اثنان، والتفاوت بين النصيب والثلث بواحد، فهو التكملة يدفع إلى الموصَىٰ له، يبقى ثمانية، لكلٍّ واحد سهمان.

وبطريق الدينارِ والدِّرْهم: تجعل ثلث المال ديناراً ودرهماً، وتجعل الدينار نصيباً، والتكملة درهماً تدفعه إلى الموصَىٰ له، يبقَىٰ من المال ثلاثة دنانير ودرهمان، يأخذ ثلاثة بين ثلاثة دنانير فيبقَىٰ درهمان، يأخذه الابن الرابع فعلمنا أن قيمة الدينار درهمان، وأنَّ ثلث المال ثلاثةُ دراهم، والنَّصيب درهمان وبالقياس نقول: إذا أخذ الموصَىٰ له وصيتَهُ، كان الباقي مقسوماً على أربعة، فيجعل الباقي عدداً له ربع، وأقله أربعة، فإذا ضمَمْنا سهماً منها إلى التكملة، كان ثلث المال، وذلك يعدل ثلث تكملة، وسهماً، وثلث سَهْم؛ لأنَّ جملة المال تكملة، وأربعة أسهم، فثلثها ثلث تكملة وسهم وثلث؛

فنسقطُ ثلث تكملةٍ بثلث تكملة، وسهماً بسهم قصاصاً، يبقى ثلثا تكملة تَعْدِلُ ثلث سهم، فالتكملة الواحدة تعدل نصف سهم، فالسهم مثلاً التكملة، فالسهم اثنان، والتكملة واحدٌ، فثلث المال ثلاثة أسهم، فجميع المال تسعةٌ.

ومثال التكملتين أربعةُ بنين وبنت، وأوصى بتكملة ثلث ماله بنصيب ابن، ولآخر بتكملة ربع ماله بنصيب البنت:

الوصية الأُولَىٰ: ثلث مال سوى نصيبين، والثانيةُ: ربع مال سوَىٰ نصيب؛ لأن لكل ابنٍ سهمين، وللبنت سهماً، وكل سهم في مثل ذلك يسمى نصيباً، فتأخذ مالاً، وتسقط منه الوصيتين، يبقى خمسةُ أسهم من اثنَيْ عَشَرَ سهماً من مال وثلاثة أنصباء تعدل أنصباء الورثة؛ وهي تسعةٌ تسقط ثلاثة أنصباء بثلاثة أنصباء قِصَاصاً؛ يبقى خمسة أسهم من اثني عشر سهماً من مال في معادلة ستة أنصباء، ثم إن شئت، قُلْتَ: نبسطها بأجزاء اثنَيْ عَشَرَ، ونقلب الاسم، فالمال اثنان وسبعون، والنصيب خمسة، وإن شئت، قُلتُ: إذا كانت خمسة من اثني عشر تَعْدِلُ ستة، فالمال بتمامه، يعدل أربعةَ عَشَرَ وخُمسين، نبسطها أخماساً، تبلغ اثنين وسبعين، نأخذ ثلث المال، وهو أربعةٌ وعشرون، ونسقط منه نصيبين، وهما عَشَرَةٌ؛ يبقى أربعة عشر؛ فهي الوصية الأولَىٰ، ونأخذ ربعه، وهو ثمانية عشر، نسقط منه نصيباً واحداً، وهو خمسة؛ يبقى ثلاثةَ عَشَرَ، فهي الوصيةُ الثانية، فَتُسْقِطُ الوصيتَيْن من المال؛ يبقى خمسة وأربعون؛ لكلِّ ابنٍ عشرةٌ، وللبنت خمسة.

وأما القسمُ الثاني: فيصوَّر علَىٰ وجوه:

منها الوصية بالتكملة مع الوصية بجزء شائع من المال.

مثاله: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد برُبُعِ ماله، ولعمرٍو بتكملة النصف بنصيب أحد البنين، نأخذ مالاً، ونلقي منه ربعه لزيد، ثم نلقي نصفه لعمرٍو، ونسترجع منه نصيباً، يبقى معنا ربع مال ونصيب، وذلك يعدل ثلاثة أنصباء، ونسقط نصيباً بنصيب؛ يبقَىٰ ربع مال في معادلة نصيبين نبسطُهَا أَرباعاً، ونقلب الاسم، فالمالُ ثمانيةُ والنصيب واحد تأخذ ثمانية، فتعزل ربعها لزيد، ثم تأخذ نصف الثمانية لعمرو، وتسترجع منه واحداً؛ يبقى معنا ثلاثة؛ لكلِّ واحدٍ من البنين واحدٌ.

وبطريق القياسِ نقول: ربع المالِ ونصفُهُ يستحقُّها زيد، وعمرو، وأَحَدُ البنين، فتأخذ مالاً له ربع ونصف، وهو أربعةٌ، فتسقط منها الربع والنصف، يبقَىٰ واحد، تقسمه بين الاثنين الآخرين، فلكلِّ واحد منهما نصفٌ، فعلمنا أن النصف نصفُ سَهْمٍ، تسقطه من الثلاثة التي أسقطناها من المال، يبقى اثنان ونصف، وتسقط منها ربع جميع المال، يبقى واحدٌ ونصفٌ، فهو التكملة، تبسط الجميع أنصافاً، لزوال الكسر فالنصيب

واحد، والتكملة ثلاثة، والربع اثنان، والمال ثمانية، وبالدنانير والدراهم يُجْعَلُ نصف المال ديناراً ودِرْهَماً، ويدفع الدرهم بالتكملة إِلَىٰ عمرو، ويبقى ديناران ودرهم، تسقط منها ربع المال، وهو نصف دينارٍ، ونصفُ درهم، يبقى دينار، ونصف دينار، ونصف درهم، وذلك يعدل ثلاثة دنانير، تسقط الجنس بالجنس فيبقى دينار ونصف، في معادلة نصف درهم، نبسطها أنصافاً، ونقلب الاسم، فالدينار واحدٌ، والدرهم ثلاثةٌ، وهو التكملة.

ومنها الوصيَّةُ بالتكملة، مع الوصية بجزء مما تَبَقَّى من المال.

مثاله: أربعةُ بنين، وأوصَىٰ لزيد بتكملةِ ثلُثِ ماله بنصيب أحدهم، ولعمرو بربع ما تبقَّىٰ من المال، نأخذ مالاً، وندفع ثلثه إلى زيد، ونسترجع منه نصيباً، ونزيده علَىٰ باقي المال، فيحصل معنا ثلثا مال، ونصيب؛ يخرج ربعه لعمرو، وذلك سدس مال، وربع نصيب يبقى نصف مال، وثلاثة أرباع نصيب، يعدل أنصباء الورثة، وهي أربعةٌ، فنسقط ثلاثة أرباع نصيب بثلاثة أرباع نصيب، يبقى نصف مال في معادَلَةِ ثلاثة أنصباء، وربع نصيب؛ فنبسطها أرباعاً، ونقلب الاسم، فالمال ثلاثةَ عَشَرَ، والنصيبُ سهمان؛ لكن ليس لثلاثة عَشَرَ ثلُثٌ؛ فنضربها في ثلاثة؛ تبلغ تسعةً وثلاثين، فهي المال، والنصيب ستة، نأخذ ثلثها، وهو ثلاثة عشر، ونسقط منه نصيباً؛ يبقى سبعةٌ، فهي التكملة، ندفعها إلى زيد، يبقى من المال اثنان وثلاثون، ندفع ربعها إلى عمرو، وهو ثمانية، يبقى أَربعة وعشرون للبنين؛ لكلٍّ واحدٍ ستة.

بطريق الخطائين: يجعل المال خمسةَ أسهم، والتكملة واحداً منها تدفعه إلى زيد، وتدفع ربع الأربعة الباقية إِلَىٰ عمرو، يبقى ثلاثةٍ للبنين لكلٍّ واحدٍ ثلاثة أرباع، فإذا ضممناها إِلَىٰ التكملة، كان الحاصل واحداً وثلاثة أرباع، وكان يجب أن يكون واحداً، وثلثين؛ لأن ذلك ثلث الخمسة التي قَدَّرْنَا أنها المال، فقد زاد نصف سدس، وهذا هو الخطأ الأول، ثم يجعلُ المال ستةً، والتكملة اثنين، فنخرجهما، وربع الباقي، يبقى ثلاثة؛ لكلٍّ واحد منهم ثلاثةُ أرباع، نضمها إلى التكملة؛ يكون اثنين وثلاثة أرباع، وكان يجب أن تكون اثنين، فقد أخطأنا بثلاثة أرباع، وهذا الخطأ زائدٌ أيضاً؛ فنسقط الأقل من الأكثر، يبقى ثلثا سهم، فنحفظه، ثم نضرب المال الأول في الخطأ الثاني، يحصل ثلثه، وثلاثة أرباع، ونضرب المال الثاني في الخطأ الأول؛ يحصل سهم يسقط الأقلُّ من الأكثر؛ يبقى ثلاثة وربع، يقسم على ثُلُثَيْ سهم، يخرج من القسمة سهمان وسدس، يبسط أسداساً، يكون ثلاثة عشر، فهو المال، وينتهي إِلَىٰ تسعة وثلاثين؛ كما سبق.

ومنها الوصيةُ بالتكملة، مع الوصية بجزء ممَّا يبقى من جزء من المال:

مثال: ثلاثةُ بنين، وأوصَىٰ لزيدٍ بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم، ولعمروٍ بِثُلُثِ ما يبقَىٰ من الثلث، نأخذ ثلث مَالٍ، ونلقي منه نصيباً؛ يبقى ثلث مال إلاَّ نصيباً، ندفعه

إلى زيد، ؛ فإنه التكملة؛ يبقَىٰ من الثلث نصيبٌ، فيدفع ثلثه إِلَىٰ عمرو؛ يبقى ثلثا نصيبٍ، نضمه إِلىٰ ثُلُثي المال، وذلك يعدل أنصباء الورثة، فهي ثلاثة، تسقط ثلثي نصيب بثلثَيْ نصيب، يبقى ثلثا مال يعدل نصيبين، وثلث نصيب، ثم إن شئنا، قلنا: نبسطها أثلاثاً، ونقلب الاسم، فالمال سبعةٌ، والنصيب اثنان، وإن شئنَا، قلنا: إذا عادل ثلثا مال نصيبين، وثُلُثَ نصيبٍ، فالمالُ كلُّه معادِلٌ ثلاثة أنصباء، ونصف نصيب؛ نبسطها أَنصافاً؛ يكون سبعةً؛ لكن ليس لسبعة ثلثٌ صحيحٌ، فنضربها في ثلاثة؛ يبلغ أحداً وعشرين؛ فهو المال، والنصيب ستة، نأخذ ثلث المال «سبعة»، تلقى منه النصيبُ «ستة»، يبقى واحدٌ، فهو التكملة، وتدفع ثُلُثُ الستة إِلَىٰ عمرو، يبقى أربعة، نضمها إِلَىٰ ثُلُثَي المال، يكون ثمانية عشر؛ لكل ابنٍ ستةٌ.

قال إمام الحَرَمَيْنِ: هكذا ذكروه؛ لكنِ لو تجردت الوصيةُ الأُولَىٰ في هذه، فأوصى له ثلاثة بنين بتكملة ثلث ماله بنصيب أَحدهم، فالوصيةُ باطلةٌ؛ لأن نصيبَ كُلِّ ابنٍ مستغرقٌ للثلث؛ فلا تكملة؛ وحينئذٍ: يمكن أنْ يقالَ ها هنا: الوصية الأُولَىٰ باطلةٌ، والثانية فرعها [فتبطل أيضاً]؛ ووجه ما ذكروه أَنَّ الوصيةَ الثانِيَةَ تَنْقُصُ النصيبَ عن الثلث، ويظهر بها التكملة، قال: ويجب أَن تخرج من المسألة وأخواتها على الوجهين في أن العبرة باللفظ، أو بالمعنَىٰ، كما إذا قال: بعتُكَ بلا ثمن، ونحوه [وذلك أَن يخرجه على الخلاف فيما إذا قال: أنتِ طالِقٌ ثلاثاً إِلاَّ ثلاثاً إِلاَّ واحدةً؛ فإنا على وجهٍ: نقول: الاستثناءُ الأولُ باطلٌ، والثاني فرعٌ عليه، فيبطل أيضاً، وعلى وجه نَقُولُ: الاستثناء الثاني أخرج الأوَّلَ عن أن يكون مستغرقاً، ولعله إلى هذا المأخذ أقرب][1].

ومنها الوصية بالتكملة مع الوصية بالنصيب.

مثالُهُ: ثلاثةُ بنين، وأوصَىٰ لزيدٍ بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بتكملة ثلث ماله، نأخذ ثلث مال، فندفع منه نصيباً إِلىٰ زيد، والباقي إِلى عمرو، يبقى معنا ثلثا مال، يعدل أنصباء الورثة، وهي ثلاثة نبسطها أثلاثاً، ونقلب الاسم، فالمال تسعة، والنصيب اثنان، نأخذ ثلث التسعة، ثلاثةً، ندفع منها اثنين، إِلى زيد، وسهماً إِلَىٰ عمرو، وهو التكملة يبقى ستة للبنين.

طريقة أخرَىٰ: ينظر في مسألة الورثة، وهي من ثلاثة، فيزيد عليها مثل نصفها، يبلغ أربعة ونصفها نبسطها أنصافاً، يكون تسعة. فإذا أردنا أن نعرف قدر التكملة، نظرنا في مجموع ما تصحُّ منه المسألة، وما زدنا عليه، فالتكملة ما تزيد منه علَىٰ ما تصحُّ منه المسألة مضمُوماً إِليه؛ مثل نصيب الموصي بنصيبه، فإن لم يزد عليه شيء، فالوصية

(١) ما بين القوسين سقط.

بالتكملة باطلةٌ، ففي الصورة المذكورة: المجموعُ أربعةٌ ونصفٌ، والزائد على ما تصحُّ منه المسألة مضموماً إليه نصيبُ نصف سهم قبل البَسْط، وسهم بعده، فهو التكملة؛ وعلى هذا القياس: لو أوصَىٰ، وله خمسة بنين، بمثل نصيب أحدهم، ولآخر تكملة الخمس فنقول: الفريضة من خمسة، يزاد عليها ربُعُهَا، تبلغ ستة، وربعها تبسط أَرباعاً، يكون خمسة وعشرين، نأخذ خمسها خمسة، التكملةُ منه واحدٌ، والنصيب أربعة.

ولو أوصَىٰ، وله عَشَرَةُ بنينَ، بنصيب أحدهم، ولآخر بتكملة السدس، فهي من عشرة، يزيدُ عليها خمسها، تبلغ اثني عشر نأخذ سدسها، اثنين، التكملةُ واحدٌ، والنصيب واحدٌ.

ولو ترك اثنين، وأوصَىٰ بمثل نصيب أحدهما ولآخر تكملة الثلث، فالوصية الثانية باطلةٌ؛ [لأنا إذا زدنا نصف ما تصحُّ منه المسألة عليه، لا نزيد شيء منه، علَىٰ ما تصحُّ منه المسألة مضموماً إِلَيْه النصيب]، وكذا لو أوصَىٰ، وله ثلاثة بنين؛ بمثل نصيب أحدهم، ولآخر بتكملة الربع.

ومنها: الوصية بالتكملة مع استثناء جُزْءٍ من المال:

مثاله: ثلاثةُ بنينَ، وأوصى بتكملة نصف ماله، بنصيب أحدهم إلاَّ ثُمن جميع المال: طريقة أَنْ يقال: نصفُ المال نصيبٌ، وتكملةٌ، والتكملةُ شيء، وثمن جميع المال يدفع الشيء إلى الموصَىٰ له، يبقى من النصف نَصيبٌ وثمن جميع المال، نَضُمُّهَا إلى النصف الثاني، يحصل معنا خمسة أثمان المال ونصيب، يعدل أنصباء الورثة، وهي ثلاثة تسقط نصيباً بنصيب، يبقى خمسة أثمان المال، تعدل نصيبين، فنبسطها أَثماناً، ونقلب الاسم، فالمال ستة عشر، والنصيب خمسة، نأخذ نصف المال، وهو ثمانية، يسقط منه النصيبُ خمسة؛ يبقى ثلاثة، يسقط منها ثمن جميع المال، وهو اثنان؛ يبقى واحد، وهو التكملة؛ يسقط من جميع المال، يبقى خمسة عشر للبنين.

صورةٌ أُخرَىٰ: عشرة بنين، وأوصى بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم إلاَّ تسع جميع المال: [ثلث المال نصيبٌ وتكملة، والتكملة شيْء، وتسع جميع المال][1]، يدفع الشيء إلى الموصى له، يبقى من الثلث نصيبٌ وتسع جميع المال، نَضمها إلى ثلث المال، يحصل تسعة أتساع مال، ونصيب يعدل أنصباء الورثة، وهي عشرة؛ نسقط نصيباً بنصيب؛ يبقى سبعة أتساع مال، يعدل تسعة أنصباء، فنبسطها أتساعاً، ويقلب الاسم، فالمال أحد وثمانون، والنصيبُ سبعة، نأخذ ثلث المال، وهو سبعة وعشرون، فَنُسْقِطَ منها النصيبَ سبعةً، يبقَىٰ عشرون، نسقط منها تُسْعَ جميع المال، وهو تسعة،

---

(١) سقط في: ز، أ.

يبقى أحد عشر: للموصى له؛ تسقط أحد عشر للموصَىٰ له، يبقى سبعون؛ لكلِّ ابن سبعةٌ؛ كالنصيب.

ومنْها الوصيةُ بالتكملة مع استثناء جُزْءٍ مما يبقَىٰ من المال:

ستة بنين، وأوصَىٰ بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم، إلاَّ ثمن ما تبقَىٰ من المال، نأخذ ثلث المال، ونسترجع منه نصيباً؛ يبقى ثلث مال، إلاَّ نصيباً، فهو التكملة، يبقَىٰ معنا ثلثا مال، ونصيب، تسترجع من التكملة ثمنه، وينتظم الحساب من أربعة وعشرين، لذكر الثلث والثمن؛ فالذي معنا ستة عشر، ونصيب، وثمنه اثنان وثمن نصيب، نزيده عليه؛ يبلغ ثمانية عشر جزءاً من أربعة وعشرين جزءاً من مالٍ ونصيباً وثمن نصيب، يعدل[1] أنصباء الورثة، وهي ستةٌ، تسقط المثل بالمثل، يبقى ثمانية عشر جزءاً من أربعة وعشرين جزءاً من مال يعدل أربعة أنصباء وسبعة أثمان نصيب، نبسطها بأجزاء المال، وهي أربعةٌ وعشرون، ونقلب الاسم، فالمال مائةٌ وسبعةَ عَشَرَ، والنصيب ثمانيةَ عَشَرَ، نأخذ ثلث المال، وهو تسعة وثلاثون، ونسقط منها نصيباً؛ يبقى أحد وعشرون، هو التكملة إذا أسقطناه عن جميع المال، يبقى ستة وتسعون؛ ثمنه اثْنَا عَشَرَ، نسقطه من التكملة؛ يبقَىٰ تسعة، فهي التي يأخذها الموصَىٰ له؛ يبقى مائة وثمانية للبنين؛ لكلِّ ابنٍ ثمانيةَ عَشَرَ.

ومنْها: الوصيةُ بالتكملة، مع استثناء جزءٍ مما تبقَّىٰ من جزء من المال.

سبعة بنين وأوصى بتكملة ربع ماله بنصيب أحدهم إلاَّ ثلث ما تبقَّىٰ من الثلث، نأخذ ربع مال، ونلقى منه نصيباً؛ يبقى ربع مال، سوى نصيب، وهو التكملة، نلقيها من الثلث، يبقَىٰ نصف سدس مال، ونصيب، تلقى ثلث ذلك من التكملة، وينتظم الحساب من ستة وثلاثين؛ فإنه أقلُّ عددٍ لنصفِ سُدُسِهِ ثُلُثٌ؛ فإذن الذي معنا من الثلث ثلاثة ونصيب، نسترجعُ ثلاثة[2] من التكملة، وهو واحدٌ، وثلثُ نصيبٍ؛ يبقى للوصية ثمانية أجزاء من ستة وثَلاثِين جزءاً من مال إلاَّ نصيباً وثلث نصيب نسقطها من المال وثلث نصيب يبقى ثمانية وعشرون جزءاً من ستة وثلاثين جزءاً من مال [ونصيب وثلث نصيب وذلك يعدل سبعة أنصباء تسقط المثل بالمثل][3] في معادلة خمسة أنصباء وثلثي نصيب نبسطها بأجزاء ستة وثلث وينقلب الاسم، فالمال مائتان وأربعة، والنصيبُ ثمانية وعشرون [تأخذ ربع المال، وهو أحد وخمسون، وتسقط منه النصيب؛ يبقى ثلاثة وعشرون][4] هي التكملة، نلقيَها من ثلث المال، وهي ثمانية وستون؛ يبقى خمسة

---

(١) في ز: يعدل أربعة.

(٢) في ز: ثلثه.

(٣) سقط في: ز.

(٤) سقط في: ز.

وأربعون، نسترجع ثلثها، وهو خمسةَ عَشَرَ من التكملة؛ يبقَىٰ ثمانية، فهي الوصية، نسقطها من المال؛ يبقِى مائةٌ وستةٌ وتسعونَ للبنين؛ لكل واحدٍ ثمانيةَ وعشرون.

ومنها: الوصية بالتكملة مع استثناء تكملة أخرَىٰ:

ثلاث بنينَ، وأوصَىٰ بتكملة نصف مال [بنصيب أحدهم إلاَّ تكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم؛ نأخذ نصف مال وتأخذ منه نصيباً، فالباقي هو تكملةُ النصف، ثم تأخذ ثلث مال، ونسقط منه نصيباً، فالباقي هو تكملةٌ،][1] الثلث تسقط تكملة الثلث من تكملة النصف؛ يبقى سدس مال، بلا استثناء، فالوصية إذاً: بسدس المال؛ يبقى خمسة أسداس، تعدل ثلاثة أنصباء، فنبسطها أسداساً، ونقلب الاسم، فالمال ثمانيةَ عَشَرَ، والنصيب خمسة؛ نأخذ نصف المال تسعة، ونسقط منها النصيب؛ يبقَىٰ أربعة، فهي تكملة النصف، ثم نأخذ ثلثه ستة، ونسقط منها النصيب؛ يبقَىٰ واحد، فهو تكملة الثلث. نسقط واحداً من أربعة؛ يبقَىٰ ثلاثة؛ فهي الوصية نسقطها من جميع المال، يبقَىٰ خمسة عشر للبنين؛ لكلِّ واحدٍ خمسةٌ.

ومنها: الوصيةُ بالتكملة مع الوصية بالنصيب وبجزء مما تبقَّىٰ من المال:

خمسة بنين، وأوصَىٰ لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بتكملة ربع ماله، بنصيب أحدهم، ولثالث بثلث ما يبقَىٰ بعد ذلك، نأخذ ربع مال، وتنقص منه نصيباً، والباقي هو تكملة للربع، تدفعه إلَىٰ عمرو، وتدفع النصيبَ إِلَىٰ زيد، فانصرف الربع إلى الوصيتين؛ يبقى ثلاثة أرباع المال، تدفع منها واحداً إِلَى الثالث؛ يبقَىٰ رُبُعَانِ يعدلان أنصباء البنين، وهي خمسة، نبسطها أرباعاً، ونقلب الاسم؛ فالمال عشرون، والنصيب اثنان، نأخذ ربع المال خمسة؛ تدفَعُ منها اثنين إلَىٰ زيد، وثلاثة إلَىٰ عمرو؛ يبقى خمسة عشر، ثلثها خمسةٌ للثالث، والباقي للبنين.

وبطريق الخطائين: يقدر المال ثمانيةً، ويجعل النصيب واحداً، والتكملة كذلك؛ يبقى ستة: اثنان منها للثالث؛ تبقى أربعة، وكان ينبغي أن يكون خمسة، فقد نقص واحدٌ، وهذا هو الخطأ الأول.

ثم يجعله اثني عَشَر، فالنصيب منها اثنانِ، والتكملة واحدٌ؛ تبقى تسعةٌ؛ ثلاثةٌ منها للثالث؛ يبقى ستةٌ، وذلك ينبغي أنْ يكون عشرةً، فقد نقص أربعة، وهذا هو الخطأ الثاني، ينقص الأقَلُّ من الأكثر، يبقى ثلاثة، فنحفظها، ثم نضرب المال الأول في الخطأ الثاني، يكون اثنين وثلاثين، ونضرب المال الثاني في الخطأ الأول، يكون اثني

---

(١) سقط في: ز.

عشر، تسقط الأقل من الأكثر؛ يبقى عشرون، فهو المال، ثم نضرب النصيب الأول في الخطأ الثاني، يكون أربعة، ونضرب النصيب الثاني في الخطأ الأوَّلِ، يكون اثنين، تسقط الأقل من الأكثر، يبقى اثنان، فهو النصيبُ.

ومنْها: الوصيةُ بالتكملة، مع الوصية بالنصيب وبجزءٍ مما تبقَّىٰ من جزء من المال:

خمسة بنين، وأوصَىٰ لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بتكملة الربع بالنصيب، ولثالث بثلث ما تبقَّىٰ من الثلث بعد الوصيتين، يحتاج إِلَىٰ مال له ربعٌ وثلثٌ، والباقي من الثلث بعد إسقاط الربع ثلث، وأقله ستة وثلاثون، تأخذ ربعه، وهو تسعة، فنصرفها إلى الوصيَّة بالتكملة، والنصيب، وإذا أسقطنا تسعةً من الثلث؛ يبقَىٰ ثلاثة، نصْرِفُ منها واحداً إِلَى الثالث؛ يبقى اثنان، تزيدهما على ثلثَي المال، يكون ستة وعشرين، تعدل أنصباء الورثة، وهي خمسة، نبسطها بأجزاء ستة وثلاثين، ونقلب الاسم، فالمال مائة وثمانون، والنصيب ستة وعشرون؛ نأخذ ثلث المال، وهو ستون، وتلقى منه ربعه، وهو خمسة وأربعون بالوصيتين الأُولَيَيْنِ، ستة وعشرون بالوصية بالنصيبِ، والباقي بالوصية الأُخرىٰ؛ يبقَىٰ من الثلث خمسة عشر، نصْرِفُ ثلثها إِلى الوصية الثالثة؛ يبقى عشرة تزيدها على ثلثَي المال، تبلغ مائة وثلاثين، لكلٍّ واحد ستة وعشرون.

ومنْها: الوصيةُ بالتكملةِ مع الوصية بالنَّصِيبِ مستثنًى منه جزءٌ مما تبقَّىٰ من المال.

أربعة بنين، وأوصى لزيد بتكملة الثلث بنصيب أحدهم، ولعمرو بمثل نصيب أحدهم إلاَّ خمس ما يبقى من المال نأخذ ثلث المال، ونصرفه إِليهما بالنصيب والتكملة، ونسترجع من النصيب خمس الباقي، ولنقرر المال خمسة عشر؛ ليكون الباقي بعد الثلث خمس فالثلث المخرج بالنصيب والتكملة؛ إذن خمسة نسترجع من النصيب خمس الباقي، وهو اثنان؛ فالحاصل معنا اثنا عشر جزءاً من خمسة عشر جزءاً من المال، وذلك يعدل أنصباء الورثة، وهي أربعة، نبسطُهَا بأجزاء خمسةَ عَشَرَ، ونقلب الاسم، فالمال ستُّون، والنصيبُ اثنا عشر، نأخذ ثلث المال، وهو عشرون، ونلقى منْها النصيب اثنَيْ عَشَرَ؛ يبقىٰ ثمانية، وهي التكملةُ، وندفعها إلى زيدٍ، ونسترجع من النصيب خُمس الباقي، وهو ثمانية، يبقى لعمرو أربعة، فالوصيتان جميعاً اثنا عشر؛ يبقى ثمانية وأربعون للبنين؛ لكل واحدٍ اثنا عَشَرَ.

ومنها الوصية بالتكملة، مع الوصية بالنصيب مستثنى منه جزءٌ مما تبقى من جزء من المال: خمسة بنين، وأوصىٰ لزيد بتكملة الربع بنصيب أحدهم، ولعمرو بمثل نصيب أحدهم، إِلاَّ ثلث ما تبقَّىٰ من الثلث بعد ذلك، نحتاج إِلى مال له ربعٌ وثلثٌ، وللباقي من الثلث بعد إسقاط الربع ثُلُثٌ، وأقله ستة وثلاثون، نأخذ ربعه، وهو تسعةٌ،

فتصرفُهَا إلى الوصيتين، وتسترجع من النصيب ثُلُثَ ما تبقَّىٰ من ثلث المال، وهو واحد تزيده علَىٰ الباقي من الثلثُ يبقَىٰ أربعةً، نزيدها علَىٰ ثُلُثَي المال، تبلغ ثمانية وعشرين جزءاً من ستة وثلاثين جزءاً من مال، وذلك يعدل أنصباء الورثة، وهي خمسة، نبسطها بأجزاء ستة وثلاثين، ونُقْلِبُ الاسم؛ فالمال مائة وثمانون، والنصيب ثمانية وعشرون، نأخذ ربع المال، وهو خمسة وأربعون، فنلقي منه نصيباً، وهو ثمانية وعشرون؛ يبقَىٰ سبعة عشر، فهي التكملة، ثم نلقي الربع من الثلث جميع المال، وهو ستون، يبقى خمسةَ عَشَرَ؛ نسقط ثلثها من النصيب؛ يبقَىٰ لعمرو ثلاثةٌ وعشرونَ، والوصيتان معاً أربعون؛ يبقى مائة وأربعون للبنين؛ لكلِّ واحدٍ ثمانيةٌ وعشرون.

فَصْلٌ

في الوصيَّة بالنصيب مستثنىً من التكملة:

ثلاثة بنينَ، وأوصَىٰ بمثل نصيب أحدهم، إلاَّ تكملة ثلث ماله بالنصيب، نَجْعَلُ ثلث المال ديناراً ودرهماً، ونجعل النصيب ديناراً، ندفعه إلى الموصى له، ونَسترجع منه درهماً؛ لأنَّ التكملة درهمٌ يبقى من الثلث درهمان، تزيدهما على الثلثين تبلغ دينارين وأربعة دراهم، تعدل أنصباء الورثة، وهي ثلاثة دنانير، فتسقط المثل بالمثل؛ يبقى أربعة دراهم في معادلة دينار، فنقلب الاسم، ونقول: الدينار أربعة دراهم والدراهم واحد فالثلثُ خمسةٌ، والمال خمسةَ عَشَرَ، تأخذ ثلث المال، وهو خمسة، ندفع منها إلى الموصَىٰ له نصيباً، وهو أربعةٌ، وتسترجع واحداً، وهو التكملة؛ يبقَىٰ للموصَىٰ له ثلاثةٌ، تطرحُهَا من المال، يبقى اثنان عَشر؛ لكلِّ واحدٍ من البنينَ أربعةٌ.

فَصْلٌ

في الوصايا المتعرضة للجُذُور، والكعاب.

الجَذْرُ: كلُّ مضروب في نفسه، والحاصل من الضرب يُسَمَّى مالاً، ومجذوراً، ومربَّعاً والكَعْبُ كل ما ضرب في مثله، ثم ضرب مبلغه فيه، والحاصل من الضربين يُسمَّىٰ مكعَّباً، فالواحدُ جذره، وكَعْبُه الواحدُ.

والأعداد ضربان:

أحدهما: ماله جذرٌ صحيحٌ، فينطق به؛ كالأربعة؛ جَذْرُها اثنان، والتسعة جَذْرُها ثلاثة، والمائة جذرها عشرة.

والثاني: ما ليس له جَذْرٌ، ينطق به، وإنما يُسْتخرجُ جذره بالتقريب؛ كالعشرة، والعشرين، ويقال له الأصمُّ، وفي التسبيحات: سُبْحَانَ مَنْ يَعْرِفُ جذْرَ

الأَصَمّ[(١)]. وكذلك من الأَعداد: ماله كَعْبٌ ينطق به، كالثمانية كَعْبها اثنان، والسبعة والعشرون كعبها ثلاثة:

ومنها: ما ليس له كعبٌ ينطق به؛ كالعَشَرَةِ والمائةِ، وإنما يستخرج كعبه بالتقريب، وقد يكون العدد منطوقاً بجذره وكعبه؛ كالأَربعة والستِّين، جذرها ثمانيةٌ، وكعبها أربعة، وقد يكون أَصمَّ في الجذر، دون الكعب؛ كالسبعة والعشرين، أو في الكعب، دون الجذر؛ كالأَربعة، والتسعة، أَو فيهما كالعشرة[(٢)].

إذا عرف ذلك، فتعرض الوصية للجذر والكعب يفرض من وجوه:

منْهَا: الوصية بجذْر، المال، قال الأستاذ أبو منصور: تفرض المسألة من عدد مجْذُور، إذا سقط منه جذره، انقسم الباقي صحيحاً علَىٰ سهام الورثة، فإذا أَوْصَىٰ بجذر ماله، وله ثلاثة بنين، فإن جعلت المال تسعةً، فللموصى له ثلاثة، والباقي بين البنين لكلٍّ [ابن سهمان، وإن جعلته ستة عشر فللموصى له أربعة والباقي للبنين لكل][(٣)] واحدٍ أربعةٌ، ولو أوصَىٰ بكعب ماله، والورثة هؤلاء، يجعل المال عدداً مكعباً إذا سقط منه كعبه انقسم الباقي على سهام الورثة بلا كَسْر، فإذا جعل المال ثمانية، فاثنان للموصَىٰ له، والباقي بين البنين، وإن جعلته سبعة وعشرين، فثلاثةٌ للموصَىٰ له، والباقي بين البنين، وقضى الإمام العَجَبَ مِنْ إرساله الكَلاَمَ هكذا؛ لاستحالة أن يكون الأمر في ذلك علَىٰ التخيير، والفرض كيف شاء الفارض، فإنَّ الأقدار تختلف باختلاف العدد المفروض، فإذا كان المال تسعةً، فالجذر ثلاثة المال، وإن كان ستةَ عَشَرَ، فالجذر أربعة.

وفيه إشكالٌ آخرُ: وهو أن كلَّ عددٍ مجذورٌ إلاَّ أنَّ من الأعداد: ما لا ينطق بجذرِهِ، ومنْها: ما ينطق على ما سبق، وليس في اللفظ إلاَّ جَذْر المال، فلم حملٍ على مجذور صحيح؟! ولم شرط أَن ينقسم الباقي علَىٰ الورثة صحيحاً؟ فإِذَنْ: كلام الأُستاذ؛ علَىٰ ما بينه الإِمام، محمولٌ على ما إذا قيد الموصى وصيَّته بما يقتضي الحمل علَىٰ عدد معيَّن من الأعداد المجذورة، فإذا قال: نزلوا مالي على أَوَّلِ مجذورٍ صحيح، إذا خرج جذره، انقسم الباقي على سهام ورثتي بلا كسر، تعيَّن الحمل في الصورة المَذكورة علَىٰ تسعة، وكانت الوصية بثلث المال، وإن عين مرتبة أُخرَىٰ، تعينت.

قال الإمام: فإن أطلق الوصيةَ بالجذر، ولم يقيد بشيء من ذلك، لكن أَراد بالجذر ما يريد الحُسَّاب، فإن كان مالهُ مقَدَّراً بِكَيْلٍ، أو وزنٍ، أو زَرْعٍ؛ كالأرض، أو

---

(١) قال الحافظ لم أر هذا.

(٢) في ز: على العشرة.

(٣) سقط في: ز.

عددٍ؛ كالجوز ـ نُزِّلَ عليه، ثم إن كان جذره مما ينطق به، فذاك، وإلاَّ فالقَدْرُ المستيقَنُ يسلم للموصَىٰ له، والقدر المشكوك فيه يفصل أمره بالتراضي، وإن لم يكن المال مقدَّراً بِشَيْءٍ من ذلك؛ كعبد وجارية، قُوِّمَ ودُفِعَ جذر القيمة إلى الموصَىٰ له.

ومنها: الوصيةُ بجَذْر النصيب، فلو أوصَىٰ من خلف ثلاثة بنين بجذر نصيب أحدهم: قال الأستاذ: يجعل نصيبُ كُلِّ ابنٍ عَدَداً مجذوراً، ثم يجمع أنصباء البنين، ويزاد عليها جذر نصيب أحدهم، فما بلغ تصحُّ منه القسمة، فإن جعلنا نصيب كلِّ ابنٍ واحد، فأنصباؤهم ثلاثةٌ، تزيد عليه واحداً، تبلغ أربعة، تصح منه القسمة، وإن جعلنا النصيب أربعةً، فأنصباؤهم اثنا عشر، تزيد عليها اثنين، يبلغُ أربعة عشر، تصحُّ منه القسمة، ولو أوصَىٰ بجذرَي نصيب أحدهم، وفرضنا النصيب أربعةً، فأنصباؤهم اثنا عشر، تزيد عليها جذري النصيب، تبلغ ستة عشر، منها تصحُّ القسمة، ولو أوصى بكعب نصيب [أحدهم جعلنا النصيب مكعباً وجمعنا الأنصباء، وردْنا عليها كعْبَ نصيبٍ][1] قال الإمام: وليكن هذا الجوابُ فيما إذا تَقَيَّدَتِ الوصيةُ، كما ذكرنا، وفيما إذا قال السائل: كيف يصوِّر عدد تصحُّ منه الوصية والميراث؟ فيجاب بأنه يمكن فيه وجوه؛ منها: كيت وكيت، أما إذا أطلق الوصيَّة بجذر النصيب، فقد ذَكَر فيه احتمالين:

أظهرهما: أَنه ينظر في حصة ابن مِنَ التركة، فيؤخذ جذره منطوقاً به، أو أصم، كما ذكرنا في جذْر جميع المال، فيزاد على مسألة الورثة.

والثاني: أنه يُنْظر في نصيب كل واحد من سهام المسألة، فيُؤْخَذُ جذره، ويزاد على مسألة الورثة، وعلَىٰ هذا، فنصيب كلِّ ابن ها هنا واحدٌ، فيزاد على السهام الثلاثةِ واحدٌ، ويصير الحكم كما لو أوصَىٰ بنصيب أحدهما.

ومنها: الوصية بجذْر [النصيب وجذرِ المال معاً، فَلَوْ أَوصَىٰ من خلّق ثلاثةُ بنين بجَذْر][2] نصيبِ أحدهُمْ لزيد، ولعمرو بجذر جميع المال، فالمفهوم من كلام الأستاذ: أنْ يقال: إذا كان وصية زيدٍ جذْرَ نصيب ابن، فنصيب كلِّ ابنٍ مالٌ، ثم يجعل المال أَموالاً لها جذور صحيحة، فإنْ شئت جعلتها أربعة أموال، فتكون وصية عمرو جَذْرَيْنِ، كما أن جذر أربعة من العدد اثنان، فتكون الوصيتان ثلاثة أجذار، نسقطها من المال؛ يبقى أربعة أموال، إلاَّ ثلاثة أجذار، تعدل أنصباء الورثة، وهي ثلاثة أموال، فتجبر وتقابل، فأربعة أموال تعدل ثلاثة أموال، وثلاثة أجذار، فتسقط الجنس بالجنس، فمال يعدل ثلاثة أجذار، فالجذر ثلاثةٌ، والمال تسعةٌ، وتقدير الكلام: مالٌ يعدلُ ثلاثة أجذاره؛ حينئذٍ: فالتركة ستةٌ وثلاثونَ؛ لأنها أربعة أموال، ونصيب كل ابن تسعة يأخذ

---

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

زيدٌ جذر النصيب، وهو ثلاثة، وعمرو جذْرَ المال، وهو ستةٌ، يبقَىٰ سبعةٌ وعشرون للبنين، وإن شئت جعلْتَهَا تسعةَ أموال، فيكون وصية عمرو ثلاثة أجذار، كما أن جذر تسعة من العدد ثلاثة، فتكون الوصيتان أربعة أجذار، نسقطها من المال، يبقى تسعة أموال إلاّ أربعة أجذار، تعدل أنصباء الورثة، وهي ثلاثة أموال، فتجبر وتقابل، فتسعة أموال تعدل ثلاثة أموال وأربعة أجذار تسقط الجنس بالجنس، فستة أموال تعدل أربعة أجذار، فمال يعدلُ ثُلُثَيْ جذر، فالجذر ثلثا درهم، والمال أربعة أتساع، وقد كان المال تسعة أموال، فهي إذن أربعةُ دراهم، والنصيب أربعة أتساع: لزيدٍ، جذرُ النصيب، وهو ثلثا درهم، ولعمرو جذر المالِ، وهو درهمان؛ يبقى درهم وثلث بَيْن البنين؛ لكلِّ واحدٍ أربعَة أتساع، ولو أوصَىٰ لزيد بجَذْر نصيب أحدهم، ولعمرو بجَذْر ما تبقى[1] من المال، فوصية زيد جذرٌ، وكل نصيب مالٍ، ويجعل المال بعد وصية زيد أموالاً لها جذورٌ صحيحةٌ، فإن شئت جعلتها أربعة أموال، فتكون وصية عمرو جَذْرَيْنِ، وجملة المال أربعة أموال، أو جذوراً، فإذا أسقطت الوصيتين من المال يبقَىٰ أربعةُ أموال إلا جذرين، تعدل ثلاثة أَموال، فتجبر وتقابل فأربعَة أموال تعدل ثلاثة أموال وجذرين، فتسقط الجنس بالجنس، فمال يعدل جذرين، والجذر اثنان، فالمال أربعة، وقد كان جميع المال أربعة أموال وجذراً؛ فهو إذَنْ: ثمانية عشر؛ اثنان منها لزَيْدٍ؛ يبْقَىٰ ستة عشر: جَذْرُها لعمرو، وهو أربعة، يَبْقَى اثنا عشر للبنين، وإن شئت، جعلتها بعد وصية زيد تسعةَ أموالٍ، فتكون وصية عمرو ثلاثةَ أجذارٍ، وجملة المال تسعة أموال وجذر، فإذا أسقطت الوصيتين، يبقَىٰ تسعة أموال إلاّ ثلاثة أجذار، تعدل أنصباء الورثة، وهي ثلاثة أموال، فبعد الجبر، والمقابلة، وإسقاط الجنس بالجنس، يبقَىٰ ستة أموال في معادلة ثلاثة أجذار، فالمال الواحدُ يعدِلُ نصف جذر، فالجذر نصف درهم، والمال ربع، وكأنَّ جميع التركة تسعة أموال وجذراً؛ فهو إذَنْ: درهمان، وثلاثة أرباع درهم؛ لزيد جذر النصيب، وهو نصف درهم؛ يبقَىٰ درهمان وربع، لعَمْرو جذره، وهو درهم ونصف، يبقَىٰ ثلاثة أرباع درهم للبنين، قال الإمام: وهذه المسائل كلُّها وضعيَّة، وطريق تطبيقها على الفقه ما سَبَقَ.

ومنها: الوصية بالنصيب والجَذْر، فإذا أَوْصَىٰ، وله ثلاثُ بنين بمثل نصيب أحدهم، ولآخر بجذر المال؛ فيقدر كأن البنين أربعة، وأوصَىٰ بجذر المال وحده، وقد بَانَ طريقُهُ.

ومنها: الوصية بالنصيب وبجزء شائع وبجذر شائع والجذر كما إذا حلَّف ثلاثة

---

(١) في ب: ما بقي.

بنين، وأوصَىٰ بمثل نصيب أحدهم، ولآخر بجذر المال، ولآخر بثلث ما يبقَىٰ من الثلث، فنأخذ ثلث مال، فنلقي منه نصيباً وجذراً، يبقَىٰ ثلث مال إلاَّ جذراً ونصيباً، ونسقط ثلثه للوصية الثالثة، فيبقَىٰ من الثلث تُسعا مال إلاَّ ثلثَيْ جذر وإلاَّ ثلثي نصيب، نزيده على ثلثي المال، يبلغ ثمانية أتساع المال إلاَّ ثلثَيْ جذر، وإلاَّ ثلثي نصيب، يدل ثلاثة أنصباء، فتجبر، وتقابل؛ فيعدل ثمانية أتساع مال ثلاثة أنصباء، وثلثي نصيب، وثلثي جذر، فاجعل النصيب بعد ذلك أيَّ عدد شئت؛ بشرط أن نزيده على ضعف الجذر؛ فإن جعلته ثلاثة أمثال الجذر، فمعك مما انتهت المعادلة إليه ثلاثة أنصباء، فيكون تسعة أجذار، وثلثا نصيب؛ فيكون جذرين، وثلثا جذر؛ فالمبلغ أحدَ عَشَرَ جزءاً، وثلثا جذر؛ فإذن ثمانية أتساع مال تعدِلُ أحد عشر جذراً، وثلثي جذر، فتكمل أجزاء المال بأن يزيد عليها ثمنها، ويزيد على عديلها مثله، تبلغ ثلاثة عشر جذراً وثمن جذر، فإذن مال يعدل ثلاثة عشر جذراً وثمن جذر، فالجذر ثلاثة عشر وثمن، نضربه في مثله، يبلغ مائة واثنين وسبعين درهماً، وسبعةَ عَشَرَ جزءاً، من أَربعة وستين جزءاً من درهم فهو المال، نأخذ ثلثه، وهو سبعة وخمسون درهماً، وسبعة وعشرون جزءاً من أربعة وستين جزءاً من درهم، فنسقط منه جذر المال، ونسقط منه النصيب أيضاً، وقد فرضناه ثلاثة أمثال الجذر، فالحاصل أربعة أمثال الجذر، وهي اثنان وخمسون درهماً، ونصف درهم؛ يبقى من الثلث أربعةُ دراهمَ وتسعةٌ وخمسون جزءاً من أربعة وستين جزءاً من درهم، يدفع ثلثها إلى الموصَىٰ له الثالث، وهو درهم واحد وأحد وأربعون جزءاً من أربعة وستين جزءاً من درهم، فجملة الوصايا أربعة وخمسون درهماً، وتسعة أجزاء من أَربعة وستين جزءاً من درهم، إذا أسقطها من المال، وهو مائتان، واثنان وسبعون درهماً، وسبعة عشر جزءاً من أربعة وستين جزءاً من درهم، وهي ثمن درهم، يقسم بين البنين، لكلِّ واحدٍ منهم تسعة وثلاثون درهماً، وثلاثة أثمان درهم، وهو ثلاثة أمثال الجذر، كما قررناه، هذا إذا فرض النصيب عند المعادلة زائداً علَىٰ ضعف الجذر، فإن فرض ضعْف الجذر أو أَقلّ، استحالت المسألة: بيانه: إذا فرضْنَاه ضعْفَ الجذر، فالذي معنا، وهو ثلاثة أنصباء، وثلثا نصيب، يكون سبعة أجذار، وثلث جذر ومعنا أيضاً ثلثا جذر، فالمبلغ ثمانية أجذار تعدل ثمانية أتساع مال، فإن زدنا على كلِّ واحد منهما ثمنه، صَارَ مال يعدل تسعة أجذار، فيكون الجذر تسعةً، والمال أحداً وثمانين، نأخذ ثلثه، وهو سبعة وعشرون، ونسقط منه جذر المال، وهو تسعة؛ يبقى ثمانية عشر، نسقطها النصيب[1]، لأنَّا فرضناه ضعْفَ الجذر؛ فلا يبقى للوصية الثالثة شيْءٌ.

ومنْها: الوصيةُ بالجزاء والنصيب مع استثناء الجُذُور منها:

---

(١) في ز: للنصيب.

المثال: أَوصى، وله ثلاثة بنين بثلث ماله إلا جذر جميع المال، يدفع إلى الموصى لمثلث المال، ونسترجع منه جذراً، يكون معنا ثلثا مال وجذر، يعدل أنصباء الورثة، وهي ثلاثة، فيجعل المال عدداً له ثُلُثٌ صحيحٌ بشرط أن ينقسم ثلثاه زائداً عليه جذْرُهُ علَىٰ ثلاثة وأقل، وليكن ذلك ستة وثلاثون، فندفع ثلثه إلى الموصَىٰ له، وتسترجع منه جذر المال، وهو ستة، يَبْقَىٰ عنده ستةٌ، فقد أخذ ثلث المال إلا جذر المال، يبقى ثلاثون للبنين، ولو أوصَىٰ بمثل نصيب أحدهم إلاَّ جذر جميع المال، نأخذ مالاً، ونسقط منه نصيباً، ونسترجع من النصيب جذر المال؛ يبقي مال وجذر إلاَّ نصيباً يعدل أنصباء البنين، فيجبر، ويقابَلُ، فمال وجذر يَعْدِل أَربعة أَنصبَاء، فيجعل المال عدداً مجْذُوراً، إذا زيد عليه جذْرُهُ، انقسم علَىٰ أَربعة، وليكن ستة عَشَرَ إذا زيد عليه جذره، كان عشرين، إذا قسم على أربعة، يخرج من القسمة خمسة، فإذا نَقَصْتَ من النصيب جذراً المال، يبقى واحد يدفع إلى الموصَىٰ له، يبقى خمسة عشر للبنين، ولو أوصَىٰ بمثل نصيب أحدهم إلاَّ جذر نصيب أحدهم، فالنصيب عدد مجذورٌ، فإن جعلته أَربعة، فالوصيَّة اثنان، والأنصباء اثنا عشر، وجملة المال أربعة عشر، إذا دفعْتَ إلى الموصَىٰ له اثنين، فقد أخذ مثل نصيب أحدهم إلا جذر نصيب أحدهم، وإن جعلته تسعةً، فالأنصباء سبعةٌ وعشرون، والوصيَّةُ ستةٌ.

ومنها: الوصية بالجُذُور المضافة إلى الجُذُور:

المثالُ: ثلاثةُ بنينَ، وأوصَىٰ لزيدٍ بجذر نصيب أحدهم، ولعمرو بجَذْر وصية زيد، ولثالث بجذر وصية عمرو: فاجعل وصية الثالث ما شئْتَ من الأَعداد، فإن جعلته اثنين، فوصيَّة عمرو أربعة، ووصية زيد ستة عشر، ونصيب كل ابن مائتان [وستة][1] وخمسون، وجملة المال سبعمائة وتسعون، ولو أوصى لزيدٍ بجذر نصيب أَحدهم، ولعمرو بجذر باقي النصيب، فالنصيب مال، فاجعل وصية عمرو أيَّ عدد شئْتَ إلاَّ جذراً، فإن جعلته ثلاثة إلاَّ جذراً، فاضربها في مثلها، يحصل تسعة أعداد ومالٍ، إلاَّ ستة جذار؛ أَلا ترى أَنكَ إذا أردتَّ بالجذور واحداً، كان الحاصل ضرب اثنين في اثنين، والمبلغ أربعة، ولا فرق بين أن يقول: أربعة، وبين أن يقول: تسعة من العدد ومال، وهو واحدٌ إلا ستة جذور، وهي ستة، والمبلغ المذكور، وهو تسعة ومال إلاَّ ستة أجذار يعدلُ الباقي من نصيب الابن بَعْدَ وصيَّة زيد، وهو مال إلاَّ جذراً، فيجبر ما في هذا الجانب ستة أجذار، ويزيد عليه ستة أجذار؛ فإذن: تسعة من العدد ومالٌ يعدلُ مالاً وخمسة أَجذار، يسقط المال بالمال، يبقى تسعة من العدد في معادلة خمسة

(١) سقط في: ز.

أَجذار، فالجذر الواحد درهم وأَربعة أَخماس، تضربه في مثله، فيكون أحداً وثمانين جزءاً من أجزاءِ خمسة وعشرين جزءاً من درهم، فهي ثلاثةُ دَرَاهِمَ وستة أجزاء من خمسة وعشرين جزءاً من درهم، وذلك نصيب ابن، ينقص منه وصية زيد، وهي جذْرٌ، ودرهم، وأربعة أخماس؛ يبقى ستة وثلاثون جزءاً من أَجزاء خمسة وعشرين، ينقص منها وصية عمرو، وهي جذر هذه الستة والثلاثين، وهو درهم وخمس، فالوصيتان مقابلته دراهم، والتركة اثنا عشر درهماً، وثمانية عشر جزءاً من خمسة وعشرين جزءاً من درهم.

ومنْها: الوصية الجامعةُ بين الجَذْر والتكملة:

المِثَال: أوصى بتكملة ثلث ماله بجَذْر نصيب أحدهم: يجعل ثلث المثال مالاً وجذراً، ويدفع المال إلى الموصى له، يَبْقَىٰ جذره، نزيده على ثُلُثَي المال، يبلغ مالين وثلاثة أَجذار، وذلك يعدل أنصباء البنين، وهي ثلاثة أَموال، فنسقط مالين بمالين؛ يبقى ثلاثة أَجذار في معادلة مال؛ فالجذر ثلاثة، والمال تسعة ثلث المال اثنا عشر، والوصيةُ تسعةٌ، نسقطها من المال؛ يبقى سبعة وعشرون للبنين، وقد أَخذ الموصَىٰ له ثلث المال، إلا جَذْر نصيب أحدهم، ولو أَوصى لزيدٍ بتكملة ربع ماله بجذر نصيب أَحدهم، ولعمرو بجذر ما يبقَىٰ من ثلثه، فيجعل النصيب مالاً وثلث التركة مالاً ووصية زيد، وهي ربع التركة إلاً جذراً، نسقط منه وصيَّة عمرو، وهي جذره؛ يبقَىٰ من الثلث مال إلاً جذراً نزيده علَىٰ ثلثي التركة، وهو مالان ونصْفُ تركة إلاً جذْرَيْنِ، يبلغ ثلاثة أَموال ونصف تركة، إلاً ثلاثة أَجذار يُعدل أَنصباء البنين، وهي ثلاثة أَموال فتجبر ما معنا بثلاثة أجذار، وتزيد علي عديله مثلها، فثلاثة أموال ونصف تركة تعادل ثلاثة أموال وثلاثة أجذار، فتسقط الأَموال بالأموال؛ يبقى نصف تركة، في معادلة ثلاثة أَجذار؛ فالتركة إِذَنْ ستة أَجْذَارٍ، وثلثها جَذْرَان، وربعها جذْرٌ ونصف، وقد كان ثلث التركة مالاً وربع تركة إلاً جذراً؛ فإِذا خرج جذر من ربع التركة؛ بالاستثناء، كان الباقي نصف جَذْرٍ، فهو وصية زَيْدٍ، نسقطها من ثلث المال، وهو جذران؛ يبْقَىٰ جذر ونصف، وذلك يعدل مالاً؛ لأَنَّا جعلنا باقي الثلث مالاً، والجذر درهمٌ ونصفٌ، والمال درهم وربع، وهو نصيبُ كلِّ ابن، والتركةُ ستة أجذار، فهي تسعة دراهم، نأخذ ثلثها ثلاثة، ونسقط منه ربع التسعة إلاً جذر نصيب، وهو ثلاثة أرباع دِرْهَم، وهي وصية زيد؛ يبقى من الثلث دِرْهَمَان وربع، نأْخذ جذره، وهو درهمٌ ونصفٌ لعمرو، ويبقى من الثلث ثلاثة أَرباع درهم، نزيدها على ثُلُثَي المال، وهو ستة؛ يكون ستة دراهم، وثلاثة أَرباع بين البنين؛ لكلِّ واحدٍ درهمٌ وربعٌ.

فَصْلٌ

الوصايَا المتعرضة لمقدَّر من المال من دِرْهَمٍ، ودينار، وغيرهما:

منها: الوصيةُ بالنَّصِيبِ وبدرهم:

المثال: أَربعةُ بنين، وأَوصَىٰ بمثل نصيب أَحدهم، وبدرهم.

قال الأُستاذ: اجعل التركة أيَّ عددٍ شئتَ بعد أن يكون بحيث إذا عزلت منها درهماً، وقسمت الباقي بين البنين والموصَىٰ له، على خمسة، كان النصيب الواحد مع الدرهم مثلَ ثلث التركة أو أقلَّ، فإن جعلت التركة أحد عَشَرَ درهماً، فأسقط منها درهماً، يبقى عشرة، لكلِّ واحد سهمانِ، وإن جعلتها ثلاثة عشر، أسقطت درهماً، وقسمت البَاقِي بينهم فيخرج من القسمة اثنان وخُمْسان رُد على الخارج الدِّرْهَمَ المنقوصَ، يكون ثلاثة وخمسين للموصَىٰ له، فإن أردتَّ أن يزول الكسر، فانقص الدرهم من ثلاثة عشر، واضرِبِ الباقي في خمسة، يكون ستين، لكلِّ ابن اثنا عشر؛ لأنه كان له اثنان وخُمُسان، فإذا ضرب ذلك في خمسة، حصل اثنا عشر، وللموصى له مثل ذلك بزيادة درهم، واستدرك الإمام؛ فقال: القدر المدفوع إلى المُوصَىٰ له يختلف باختلاف الأعداد المفروضة، والفتوى لا تحتملُ التخيير بين القليل والكثير، فليحمل ما قاله الحُسَّاب على مثل ما مر في الفصل السابق، أما إذا أطلق الوصيَّة، فتنزل على ما يوجد في التركة تعزل منها درهم، ويقسَّم الباقي بين البنين، والموصَىٰ له، ثم إن انحصرت الوصية في الثلث، نفذت وإلاَّ اعتبرت الإجازة، وهذا الاستدراك لا بُدَّ منه في أكثر أنواع الفصل.

ومنهَا: الوصيةُ بالنصيب مع استثناء درهم.

فإذا أَوصَىٰ بمثلِ نصيب أَحد البنينَ الأربعة إلاَّ درهماً، فإن جعلْتَ للموصَىٰ له درهمين، فاجعل لكلِّ واحد من البنين ثلاثة، واجعل التركة من أحد وعشرين، وإن جعلْتَ له ثلاثة، فاجعل لكلِّ واحد من البنين أَربعة، واجعل التركة من خمسة عشرة.

ومنها: الوصية بجزءٍ شائعٍ وبدرهم، فإذا أَوصَىٰ، وله ثلاثة بنين بسُدُس ماله، وبدرهم، يخرج سدس التركة ودِرهم، ويقَسم الباقي بين الورثة، وبطريقة الجبر قالوا: نأخذ مالاً، وتسقط منه سدسه ودرهماً، يبقى خمسة أَسداس مال، إلاَّ درهماً، يعدل ثلاثة أَنصباء، فيجبر، ويقابل، فخمسة أَسداس المال تعدل ثلاثة أَنصباء ودرهماً فتكمل أجزاء المال؛ بأن يزيد عليها مثل خُمسها، ويزيد على العديل خمسة، فمال يعدل ثلاثة أنصباء، وثلاثة أخماس نصيبٍ ودرهماً، وخمس درهم، فاضرب الأنصباء الثلاثة، وأخماس النصيب في عدد يبلُغُ الحاصل منه مزيداً عليه الدرهم والخمس عدداً صحيحاً

وذلك بأن نضربها في ثلاثة فيحصل عشرة دراهم وأربعة أخماس درهم إذا زدت عليه الدرهم والخُمُس يبلغ اثنَيْ عَشَرَ درهماً فمنها تصح القسمة: لصاحِبِ السدُس والدرهم ثلاثةٌ، ولكل ابن ثلاثة.

ومنها: الوصيةُ بجزء شائعٍ مع استثناء درهم، فإذا أَوصَىٰ، وله ثلاثة بنين بسدس ماله إلاَّ درهماً، فيأخذ مالاً، ونسقط منه سدسه، ونسترجع من السدس درهماً، يحصل معنا خمسة أسداس مال ودرهم، يعدل ثلاثة أنصباء، فتكمل أجزاء المال بأن تزيد علَيْهَا خمسها، وتَزيدَ الخمس علَىٰ كل ما في المعادلة، فمالٌ ودرهمٌ وخمسُ درهم يعدل ثلاثة أنصباء، وثلاثة أخماس نصيب، فتضرب هذه الأنصباء والأخماس في عدد، إذا نقص من الحاصل من الضرب درهمٌ وخمس، كان الباقي عدداً صحيحاً، وهو سبعة، فإنه إذا ضرب سبعة في ثلاثة وثلاثة أخماس، حصل خمسةٌ وعشرون وخمس، فإذا نقص منه درهم وخمس، كان الباقي أربعة وعشرين، منها تصحُّ المسألة، ندفعُ سدسها إلى الموصَىٰ له، ونسترجع منه درهماً؛ يبقى أحد وعشرون للبنين.

ومنها: الوصية بالنصيب، وبجُزْءٍ، وبدرهمٍ، أو دراهم، أو مع استثناء درْهَمٍ أو دراهم:

المثال: خمسة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم ودرهم، ولعمرو بثلث ما يبْقَىٰ من ثلثه ودرهم، نأْخُذُ ثلث المال، وتسقط منه نصيباً ودرهماً؛ يبقَىٰ ثلث مال إلاَّ نصيباً ودرهماً تسقط لعمرو من هذا الباقي ثلثه ودرهماً آخر، يبقى تُسْعَا مال إلا ثلثَيْ نصيب، وإلا درهماً، وثلثي درهم، نزيده علَىٰ ثلثي المال، يكون ثمانية أتساع مال إلا ثلثي نصيب، وإلا درهماً، وثلثي درهم، يعدل خمسة أنصباء، فيجبر، ويُقَابل، فثمانية أتساع مال تعدل خمسة أنصباء وثلثي نصيب ودرهماً وثلثَيْ درهم، تكمل أجزاء المال بأن تزيد عليها ثمنها، ويزيد علَىٰ كل ما في المعادلة ثمنه، فمال يعدل ستة أنصباء وثلاثة أثمان نصيب ودرهماً، وسبعة أثمان درهم، فنطلب عدداً، إذا ضرب في ستة وثلاثة أثمان، يكون الحاصل منه مزيداً عليه درْهَمٌ، وسبعة اثمان عدداً صحيحاً، وهو ثلاثة، إذا ضربناها في ستة وثلاثة أثمان، حصل تسعة وعشر وثمن، إذا زيد عليه درْهَمٌ، وسبعة اثمان كان أحداً وعشرين، فمنه القسمة، والنصيب ثلاثة، تُضْرَب الأنصباء في ثلاثة، نأخذ ثلث المال، وهو سبعة، فندفع منها إلى زيد أربعةً بالنصيب والدرهم، يبْقَىٰ ثلاثةُ تدفع ثلثها ودرهماً آخرَ[1] إِلَىٰ عمرو؛ يبقى درهم، نزيدُهُ علَىٰ ثلثَي المال، يكون خمسة عشر للبنين الخمسة.

---

(١) في ز: أجزاء.

ولو أَوصَىٰ، وله ستة بنين بِمِثْلِ نصيب أحدهم، ولآخر بسدس ماله إلا درهماً، فنأخذ مالاً، وتسقط منه نصيباً لإحدى الوصيتَيْن، وسدسه إلا درهماً للوصية الأخرَىٰ؛ يبقى خمسة أَسداس مال ودرهم إلا نصيباً، يعدل ستة أَنصباء، فيجبر، ويقابل، وتكمل أجزاء المال بزيادة خُمسها، وتزيد علَىٰ كلِّ ما في المعادلة خَمسةٌ، فمال، ودرهم وخُمس درهم يعدل ثمانية أَنصباء، وخُمُسَيْ نصيب، فتضرب الأنصباء الثمانية والخمسين في عدد إذا نقص، فما يحصل من الضرب درهمٌ وخمس، كان الباقي عدداً صحيحاً، وهو ثلاثة، إذا ضربناها في ثمانية وخمسين يحصل خمسة وعشرون، وخمس درهم، إذا نقص منه درهمٌ وخمس، بقي أربعة وعشرون، فمنها القسمةُ، والنصيبُ ثلاثة يدفع إلى الموصَىٰ له بالسدس السدس إلا درهماً، وهو ثلاثة، وإلى الموصَىٰ له الآخر ثلاثة، يبقَى ثمانية عشر للبنين الستة.

ومنْها: الوصية المعترضة للتكملة والدرهم، وما في معناه من الأَموال المقدَّرة.
المثال: أَربعةُ بنين، وأَوصَىٰ بتكملة ثلث ماله بنصيب أَحدهم، وبدرهمٍ، والمرادُ من الوصية الثلث إلاَّ نصيب أَحدهم، وإلاَّ درهماً.

استخراجها بالخطائين: أن نجعل المال خمسة عشر والنصيب ثلاثة، فنأخذ ثلث المال خمسة، ونسقط منها النصيب، ونسقط درهماً أيضاً؛ يبقَىٰ واحد، هو الوصية، نسقطه من المال؛ يبقى أَربعةَ عَشَرَ، وكان ينبغي أن يكون اثنَيْ عشر، فقد زاد اثنان، وهو الخطأ الأَوَّلِ.

ثم يجعل المال ثمانيةَ عَشَرَ، والنصيب أَربعة، فنأخذ ثلثه ستة، ونسقط منه النصيب أربعة، ونسقط درهماً أيضاً، يبقى واحدٌ، وهو الوصية، إذا أَسقطناه مِنَ المال، يبقى سبعة عشر، وكان ينبغي أَن يكون ستة عشر، فقد زاد واحدٌ، وهو الخطأ الثاني، يسقط الأَقلُّ من الأكثر، يبقى واحدٌ، نحفظه، ثم نضرب المال الأَول في الخطأ الثاني، يكون خمسة عشر، ونضرب المال الثاني في الخطأ الأول، يكون ستة وثلاثين، ونسقط الأقل من الأكثر، يبقى أحد وعشرون، فهو المال، ونضرب النصيب الأَول في الخطأ الثاني، يكون ثلاثة، ونضرب النصيب الثاني في الخطأ الأول، يكون ثمانية، نسقط الأقلَّ من الأكثر، يبقى خمسة، فهي النصيب، نأخذ ثلث المال، وهو سبعة، ونسقط منه النصيب خمسة ودرهماً آخر، يبقى واحد، فهو الوصية، نسقطها من المال، يبقَىٰ عشرون للبنين الأربعة.

أربعة بنين، وأوصَىٰ بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم، ولآخر بسدس ماله إلاَّ درهماً بقَدْرِ المال اثنَيْ عَشَرَ، والنصيب اثنين، فنأخذ ثُلُثَهُ، وهو أربعة، ونسقط منه النصيب اثنين، يَبْقَىٰ للموصى له الأول اثنان، ونأخذ سدسه اثنين، ونسقط منه واحداً؛

يبقى للوصية واحدٌ، ينقص الوصيتين من المال، يبقى تسعة، وكان ينبغي أن تكون ثمانية، فقد زاد واحد، وهو الخطأ الأول، ثم نجعل المال ثمانيةَ عَشَرَ، والنصيب أربعة، فنأخذ ثلثه ستة، ونسقط منه النصيب؛ يبقَى الوصية اثنان، نأخذ سُدُسَهُ بثلثه، ونسقط منه واحداً؛ تبقى الوصية اثنان أيضاً، نسقطهما من المال، يبقَىٰ أربعة عشر، وكان ينبغي أن تكون ستة عشر، فقد نقص اثنان بجميع بين الخطأين، يبلغ ثلاثة، نحفظها، فهي المقسُوم علَيْهَا.

ثم نضرب المال الأول، وهو اثنا عشر في الخطأ الثاني، وهو اثنان، تكون أربعة وعشرين، ونضرب المال الثاني في الخطأ الأول، تكون ثمانية عشر، نجمع بينهما، تبلغ اثنين وأربعين، نقسمه على الثلاثة المحفوظة، تخرج من القسمة أربعة عشر، فهو المال،][1] ثم نضرب النصيب الأول في الخطأ الثاني، يكون أربعة، ونضرب النصيب الثاني في الخطأ الأول، يكون أربعة؛ نجمع بينهما، يبلغ ثمانية، نقسمهما على الثلاثة، يخرج من القسمة دزهمَان وثلثان، فهو النصيب، نأخذ ثلث المال، وهو أربعة وثلثا درهم؛ فنسقط منه نصيباً، نبقي درهمان للموصي الأول، ونأخذ سدسه، وهو درهمان وثلث درهم ونسقط منه درهماً يبقى درهم وثلث للموصى له الثاني، نجمع بين الوصيتين، ونسقطهما من المال، يبقَىٰ عشرة وثلثا درهم للبنين؛ لكلِّ واحدٍ منهم درهمان وثلثان.

فَرْعٌ: ابنان وأوصىٰ لزيدٍ بمثل نصيب أحدهما، ولعمرو بمثل ما تبقى من النصف وبدرهم، والتركة عشرون درهماً: نأخذ نصف التركة عشرة، ونسقط منه نصيباً لزيد، يبقى عشرة إِلاَّ نصيباً تسقط من هذا الباقي نصفه ودرهماً لعمرو، وهو ستة إِلاَّ نصف نصيب؛ يبقى من العشرة أربعةٌ إِلا نصف نصيب، نزيدها على نصف المال، يبلغ أربعة عشر درهماً إِلاَّ نصف نصيب، يَعْدِل نصيبي الابن، يجبر، ويقابل، فأَربعة عشر تعدل نصيبين ونصف نصيب، نبسطها أنصافاً، فالمال ثمانية وعشرون، والنصيب خمسة، يُقَسَّم المالُ على النصيب، يخرج من القسمة خمسة دراهم، وثلاثة أخماس درْهَمٍ، فهو النصيب، نأخذ عشرة، وندفع منها إِلَىٰ زيدٍ خمسة دراهم وثلاثة أخماسٍ؛ يبقَى منها أَربعة دراهم وخمسان، ندفع نصفها، وهو درهمان وخمسٌ، ودرهماً آخَرَ إِلَىٰ عمرو؛ يبقى من العشرة درهمٌ وخمس، تزيده على العشرة الأخرَىٰ، يكون أحد عشر وخمساً للابنين، لكلِّ واحدٍ خمسةُ دراهم، وثلاثةُ أَخماسِ درهمٍ.

آخَرُ: ابنانِ، وأوصَىٰ لزيد بمثل نصيب أحدهما، إِلاَّ ثُلُثَ جميعِ المالِ، ولعمرو

---

(١) سقط في: ز، أ.

بثلث ما يبقَىٰ من الثلث، وبدرهم، والتركةُ ثلاثون درهماً، فنأخذ ثلث المال، وهو عشرة، ونسقط منه نصيباً، ونسترجع من النصيب ثلث المال، وهو عشرة، يَحْصل معنا عشرون إلاَّ نصيباً، نَدْفَعُ ثلثه، وهو ستة دراهم، وثلثا درهم إلاَّ ثلثَ نصيبٍ، ودِرْهَمَاً آخَرَ إِلَىٰ عمرو؛ يبقى اثنا عشر درهماً، وثلث درهم إلاَّ ثلثَيْ نصيب، نزيده على ثلثي المال، يبلغ اثنين وثلاثين درهماً، وثُلُثَ درهم إلاَّ ثلثي نصيب يعدِلُ نصيبين، فتجبر، وتقابل، فاثنان وثلاثون درهماً وثلث درهم تَعْدِلُ نصيبين وثلثَيْ نصيب، فنبسطها أثلاثاً، فالنصيب ثمانيةٌ، والمال سبعة وتسعون، تُقَسَّم أجزاءُ المال علَىٰ أجزاء النصيب، يخرج من القسمة اثنا عشر درهماً، وثمن درهم، فهو النصيبُ، نأخذ اثنَيْ عشر درهماً وثمن درهم، نسترجع منه ثُلُثَ المالِ، فهو عشرة يبقَىٰ معه درهمان وثمن درهم هي وصيةٌ، نسقطها من ثلث المال، يبقَىٰ سبعة دراهم وسبعة أثمان، ندفع ثلثها ودرهماً إِلَىٰ عمرو، وذلك ثلاثة دراهم وخمسة أثمان درهم؛ يبقى أربعة دراهم وربع درهم، نزيدها علَىٰ ثلثي المال، وهو عشرون؛ تبلغ أربعة وعشرين درهماً وربع درهم للابنين، هذا طريق الحساب فيه.

وقال الإمام: لو انفردتِ الوصيةُ الأولَىٰ، لبطلَتْ؛ لكون الاستثناء مستغرقاً إلاَّ أنه لما اقترنت بها الوصيةُ الأُخرَىٰ، أَخْرَجَتها عن الاستغراق، فيجيء تردد في صحتها، وقد سبق في نظائره.

فَصْلٌ

في نوادِرِ الفُصُول المتقدِّمَةِ:

مسألة: ثلاثةُ بنين وبنتٌ: وأوصَىٰ لزيدٍ بمثل نصيب البنت، وثلث ما أوصَىٰ به لعمرو ولعمرو بمثل نصيب أحد البنين وربع ما أوصى لزيد، فتجعل وصية زيدٍ عدداً له ربعٌ، وليكن أربعةَ دنانير، وصيَّة عمرو عدداً له ثلثٌ، وليكن ثلاثة دراهم، وليعلم أنَّا إذا نقصنا من وصيَّة زيد ثلُثَ وصيَّة عمرو، وهو درهم، بَقِيَ أربعة دنانير، إلا درهماً، وذلك نصيب البنت؛ لأن جملة وصية زَيْد مثل نصيب البنت وثلث وصية عمرو، وإذا نقَصْنا من وصية عمرو رُبُعَ وصية زيد، وهو دينار بَقِيَ ثلاثةُ دراهم إلا ديناراً، وهو نصيب الابن، وإذا تبيَّن أن نصيب البنت أربعة دنانيرَ، إلا درهماً، ونصيب الابن ثلاثة دراهم إلاَّ ديناراً، فيقابل بين الجملتين، فيضعف نصيبُ البنت؛ ليعادلَ نصيب الابن، وضعفه ثمانية دنانير إلاَّ درهمين، تعدل ثلاثة دراهم إلاَّ ديناراً، فنجبر كلّ واحد من الاستثنائين، ونقابل فتسعة دنانير تقابل خمسة دراهم، فالدينار خمسةُ أسهم، والدرهم تسعة أَسهم، وكانت وصيَّة زيد أربعةَ دنانير، فهي إذن عشرُونَ، ووصية عمرو ثلاثةُ دراهم، فهي إِذن سبعةٌ وعشرون، ونصيبُ كلِّ ابنِ اثنان وعشرون؛ لأنه ثلاثةُ دراهم،

وهي سبعةٌ وعشرون إلاَّ ديناراً، وهو خمسةٌ ونصيب البنت أحدَ عَشَرَ؛ لأنه أربعة دنانير، وهو عشرون إلاَّ درهماً، وهو تسعة، فوصيةُ زَيْدٍ مثلُ نصيب البنت، وهو أَحَدَ عَشَرَ مثل ثلث وصية عمرو، وهي تسعة، ووصية عمرو مثلُ نصيب ابنٍ، وهو اثنان وعشرون، مثل ربع وصية زَيْدٍ وهو خمسة.

مسألة: أربعةُ بنين وبنتٌ: وأَوصَىٰ لزيد بمثلِ نصيبِ ابنٍ إلاَّ ثلث ما يبقَىٰ من أربعة بعد النصيب، ولعمرو بثلث ما يبقَىٰ من ثلثه بعد الوصية الأُولَىٰ، نأخذ ربع مالٍ، ونُلْقِي منه نصيبينِ لأنا نسمي كلّ سهم من سهام المسألة نصيباً، ولكلِ ابنٍ سهمان، فيبقَىٰ ربع مال إلاَّ نصيبين يزيدُ عليه ثلاثة للاستثناء، فيبلغ ثلث مال إلاَّ نصيبين وثلثَيْ نصيب، وهذا هو الباقي من الربع بعد الوصية الأُولَىٰ، ونحن نحتاج إِلَىٰ معرفة الباقي، من الثلث بعْد الوصيّة الأُولَىٰ؛ لندفع إلى عَمْرو ثلاثة، فنزيد عليه ما بَيْن الثلث، والربع، وهو نصف سدس، فيبلغ ربع مال وسُدُس مال، إلاَّ نصيبين وثلثي نصيب، فيدفع ثلثه إلى عمرو، وتبقى عشرةُ أجزاء من ستة وثلاثين جزءاً من المال، إلاَّ نصيباً، وسبعة أَتساع نصيبٍ نزيدها على ثلثَي المال، تبلغ أَربعةً وثلاثين جزءاً من ستة وثلاثين جزءاً من المال، إلاَّ نصيباً وسبْعَة أَتْسَاع نصيب، فنضربها تعدل أنصباء الورثة، وهي تسعة، فتجبر وتقابل فأربعة وثلاثين جزءاً من ستة وثلاثين جزءاً من مال يَعْدِلُ عشرة أنصباء وسبعة أتساع نصيب، فنضربها في ستّة وثلاثين، نقلب الاسْم فيهما، فالنصيب أَربعة وثلاثون، والمال ثلاثمائة وثمانية وثمانون، لكنْ ليس له ثلثٌ صحيحٌ، فنضربه في ثلاثة، يبلغُ ألفاً ومائة وأَربعة وستين، ويكون النصيب مائةً واثنين، نأخذ ربع المال، وهو مائتان، واحد وتسعون، فنلقي منه نصيبين، وهو مائتان وأربعة، تبقَىٰ سبعة وثمانون، نأخذ ثلثها، وهو تسعة وعشرون، فنلقيه من النصيبين، فيبقَىٰ مائة وخمسة وسبعون، فهي الوصية الأُولَىٰ، فنسقطها من ثلث المال، وهو ثلاثمائة وثمانية وثمانون، يبقَىٰ مائتان وثلاثة عشر، ندفع ثلثها إِلَىٰ عمرو، وهو أَحد وسبعون يبْقَىٰ مائة واثنان وأربعون، نزيدُها على ثلثَي المال، تبلغ تسعمائة وثمانية عشر؛ لكل ابن مائتان وأَربعة، للبنت مائة وسهمان.

مسألة: ثلاثةُ بنين، وأوصَىٰ بمثل نصيب أحدهم إلاَّ ما انتقص من أحدهم بالوصيَّة، فنقول: لو لم تكن وصية، لكان لكلِّ ابن ثلث المال، وقد انتقص منه بالوصيَّة شيءٌ، فثلث المال نصيب وشيء، والمالُ كلُّه ثلاثة أنصباء وثلاثة أشياء، نَدْفَعُ إِلى الموصَىٰ له نصيباً إلا شيئاً؛ يبقَىٰ معنا نصيبان وأربعة أشياء، تعدل ثلاثة أنصباء، نسقط نصيبين بنَصِيبَيْنِ؛ يبقَىٰ نصيبٌ يعدلُ أربعة أشياء فالنَّصيب أربعة أسهم، فالشيء سهم، وكانت التركة ثلاثة أنصباء وثلاثة أشياء، فهي إذن خمسة عشر سهماً، والوصية نصيب إلاَّ شيئاً، فهو ثلاثة أسهم، يبقَىٰ اثنا عشر للبنين، وقد أخذ الموصَىٰ له مثلَ

نصيب أحدهما، إلا ما نقص بالوصية، وهو سهمٌ من خمسة عشر؛ لأنّه لولا الوصيةُ، لكان لكلٍّ واحد منهم خمسة من خمسة عشر.

ولو أوصَىٰ، وله ثلاثة بنين بربع ماله، إلاّ ما انتقص من أحدهم بالوصيَّة، فثلث المال علَىٰ ما ذكرنا نصيبٌ وشيء، وجملة المال ثلاثةُ أنصباء وثلاثة أشياء، نأخذ ربُعَها، وهو ثلاثة أرباع نصيبٍ، وثلاثة أرباع شيء، فنسقط منه قدْر النقصان، وهو شيء، يَبْقَىٰ ثلاثة أَرباع نصيب إلاّ ربع شيء، نسقط ذلك للموصَىٰ له من جملة المال، وهو ثلاثة أنصباء وثلاثة أَشياء؛ يبقَىٰ نصيبان وربع نصيب، وثلاثة أشياء وربع شيء يُعدل ثلاثة أنصباء، فنسقط المثل بالمثل يبقَىٰ ثلاثة أرباع نصيب، تعدل ثلاثة أشياء وربع شيء، فالنصيب الكاملُ يعدل أَربعة أَشياء، وأَربعة أجزاء من اثنَيْ عشر جزءاً من شيء، فنبسطها بأجزاء [خمسة عشر،][1] ونقلب الأَسم، فالشيء اثنا عشر، والنصيبُ اثنان وخمسون، وجملة المالِ مائةٌ واثنان وتسعون، نأخذ ربع المَالِ، وهو ثمانية وأربعون، ونسقط منه ما انتقص مِنْ نصيب أَحدهم، وهو اثنا عشر؛ لأَنه لولا الوصية لأَخَذَ كُلُّ واحدٍ منهم أَربعةً وستين؛ يبقَىٰ ستة وثلاثون، هي الوصية، نسقطها من المال؛ يبقَىٰ مائة وستة وخمْسُون، لكلٍّ واحد اثنان وخمسون.

مسألةٌ: ثلاثةُ بنينَ، وأوصَىٰ لزيدٍ بمثلِ نصيب أَحدهم، إلا ربع ما يبقَىٰ من ماله بَعْد جميع الوصايا، ولعمرو بمثلِ نَصيبِ أَحدهم، إلا خمس ما يبقَىٰ من ماله بَعْد الوصايا، ولثالثٍ بمثل نصيب أحدهم إلاّ سدسَ ما يبقَىٰ من ماله بَعْد الوصايا، فيعلَمُ أَن الباقِيَ من المال بعد الوصايا كلّها ثلاثةُ أَنصباء، فوصيَّة زيدٍ نصيبٌ إلا ربع ثلاثة أنصباء، وهو ثلاثة أَرباع نصيب؛ يبقَىٰ وصية بربع نصيب، ووصية عمرو نصيب إلاَّ خمس ثلاثة أنصباء، وهي ثلاثة أَخماس نَصِيب؛ يبقَىٰ وصيةٌ بخمس نصيب، ووصيةُ الثالثِ بنصيب إلا سدسَ ثلاثةِ أنصباء، وهي نصْفُ نصيب، فوصيته بنصفِ نصيبٍ، فجملة الوصايا ربُعُ نصيبٍ وخمسا نصيب، ونصف نصيب، وهي نصيبٌ وثلاثة أَجزاء من عشرين جزءاً من نصيب؛ فيبقَىٰ مال إلا نصيباً، وثلاثة أَجزاءٍ من عشرين جزءاً من نصيب، وذلك يعدل ثلاثة أَنصباء، فيجبرُ ويُقابَلُ: فمال يعْدِلُ أَربعة أَنصباء، ثلاثة أَجزاء من عشرين جزءاً من نصيب، نَبْسُطها بأجزاء عشرين، ونقلب الاسمَ، فالمال ثلاثةٌ وثمانون، والنصيبُ عشرون؛ نلقى الوصايا كلّها وهي ثلاثةٌ وعشرون؛ يبقَىٰ ستون للبنين، ولزيد نصيب إلا ربع ما يبقَىٰ من المال بَعْدَ الوصايا، وهو خمسةَ عَشَرَ، فله خمسةٌ، ولعمرو نصيبٌ إلا خمس ما يبقَىٰ بعد الوصايا، وهو اثنا عشر، فلَهُ ثمانية، وللثالث نصيب إلا

---

(١) في ز: اثني عشر.

سدس ما يبقَىٰ بعد الوصايا، وهو عُشرٌ، فله عشرة.

مسألةٌ: خمسة[1] بنينَ وأوصَىٰ بمثل نصيب أحدِهِمْ إلاَّ سدس ما يبقَىٰ من ماله بَعْد الوصية، وإلاَّ ثلث ما يبقَىٰ من ثلثه بعد الوصية، فيجعل الوصية شيئاً، والباقي أَنصباء الورثة، فالمال شيء وثلاثةُ أَنصباء، فتسقط الوصية [ونأخذ سدس الباقي وهو نصف نصيب فتحفظه ثم تأخذ ثلث المال وهو نصيب وثلث شيء فتسقط منه الوصية][2] وهي شيء؛ يبقَىٰ نصف نصيب إلا ثلثَيْ شيء، نأخذ ثلثه، وهو ثلث نصيب إلاَّ تسعي شيء وهو من النصيب، فتضمُّه إلى نصف النصيب المحْفُوظ، يصير خمسة أسداس نصيب، إلا تُسْعَيْ شيء، وهو المستثنَىٰ من النصيب، فتضمُّه إلى الوصية، وهي شيء؛ لنكملَ النصيب، فيبلغ خمسة أَسداس نصيبٍ، وسبعة أَتساع شيء، وذلك يعدِلُ نصيباً وتسقط خمسة أَسداس نصيب بمثلها؛ يبقَىٰ سدس نصيب في معادلة سَبْعة أَتساع شيء، فالنصيبُ الكاملُ يعدل أَربعةَ أَشياء، وثلثَيْ شيء، نبسطها أَثلاثاً، ونقلب الاسم؛ فالنصيب أَربعة عشر، والشيء ثلاثةٌ، والمال كلُّه خمسة وأربعون؛ لأَنه ثلاثة أَنصباء وشيء، تُلقي الوصيَّة من المال؛ يبقَىٰ اثنان وأربعون، تأخذ سدسها سبعة، وتحفظها، وتلقي الوصية من ثلث المال أيضاً، وهو خمسة عشر؛ يبقى اثنا عشر؛ نأخذ ثلثها، وهو أَربعةٌ، ونضمُّها إلى السبْعَة المحفوظة، يبلغ أَحد عَشَرَ، تلقيها من النصيب، فيبقى ثلاثة.

مسألةٌ: خمسُ بنين، وأوصَىٰ بمثل نصيب أحدهم إلاَّ ثلث ما تبقَىٰ عن قدر الوصيَّة من ربع ما يبقَىٰ عن الوصيَّة بالمال شيء هو الوصيَّة وخمسة أنصباء، نأخذ ربع الباقي بَعْد الشَّيْء، وهو نصيبٌ وربع نصيب، نسقط منه الشيء، يبقَىٰ نصيب وربع نصيب إِلاَّ شيئاً، نأخذ ثلثه، وهو ربع نصيبٍ وسدس نصيب، إلاَّ ثلث شيء، وهو المستثنَىٰ من النصيب، فتضمه إلى الشَّيء، ليكملِ النصيب، وإذا ضممناه إِلَيْه، بلغ ربع نصيب وسدس نصيب، وثلثي شيء، وذلك يعدلُ نصيباً، نسقط الربع والسدس بمثلها، يبقَىٰ ثلثا شيء في معادلة ثلث نصيب وربع نصيب، فعرفنا أَنَّ النصيب مثْلُ الشيء وسبعةً، فالنصيب ثمانيةٌ، والشيء سبعة، والمالُ كلُّه سبعة وأَربعون؛ لأنه خمسة أنصباء وشيء، نأخذ ربع المال بَعْدَ الوصية، وهو عشرة، ونسقط منه الوصيَّة؛ يَبْقَىٰ ثلاثة، نأخذ ثلثها وهو واحدٌ نسقطه من النصيب يبقَىٰ سبعة، فهي الوصيَّة، وإذا أسقطناها من المال؛ يبقَىٰ أربعون لكلِّ واحدٍ من البنين ثمانيةٌ.

مسأَلَةٌ: ثلاثةُ بنين، وبنتٌ؛ وأوصَىٰ لزيد بمثل نصيب البنت إلاَّ ثلث ما أَوصَىٰ

---

(١) في أ، ز: ثلاثة. (٢) سقط في: ز.

لعمرو، ولعمرو بمثل نصيب أحدِ البنين إلاَّ ربع ما أوصَىٰ لزيد، فنجعل وصية زيد عدداً له ربع، وليكن أربعة دنانير، ووصية عَمْرو عدداً له ثلثٌ، وليكن ثلاثة دراهم، ويعلم أَنا إِذَا أخذنا ثلُثَ وصية عمرو، وضممناه إِلَىٰ وصية زيد بلغ أربعة دنانير ودرهماً، وذلك مثْلُ نصيب البنت، فنصيب كلِّ ابنٍ ضعفه، وهو ثمانية دنانير ودرهمان وإِذا أَسقطنا من ذلك، ربع وصية، وهو دينار؛ يبقَىٰ سبعة دنانير ودرهمان، وهي وصيةُ عمرو، ونقابل بها الدراهم التي جعلناها وصيَّة أَولاً، فنسقط درهمين بمثلهما، يبقَىٰ سبعة دنانير في مقابَلَة درهم واحد، فالدينار واحدٌ، والدرهم سبعة، كانَتْ وصية زيدٍ أَربعة دنانير، فهي إِذَنْ أَرْبَعَةٌ وكانت وصية عمرو ثلاثةً [دراهم][1]، فهي إِذن أحد وعشرون، ونصيب البنت أربعة دنانير ودرهم، فهو إِذن أحد عشر، ونصيبُ كلِّ ابن اثنان وعشرون، فما أخذه زيدٌ مثل نصيب البنت إِلاَّ ثلث وصية عمرو، وما أَخذه عمرو مثلُ نصيب ابن إِلاَّ ربع وصية عمرو.

مسألةٌ: زوجة وأبوان وابن، وأوصَىٰ لزيد بتكملةِ ثلثِ ماله بنصيب أحدِ الأبوين، ولعمرو بتكملة ربع ما تَبْقَىٰ من ماله بنصيب الآخر، فنجعل الوصيتين شيئاً واحداً، فيكون المال شيئاً وسهام الورثة، وهي أَربعة وعشرون، نأخذ ثلثها، وهو ثلث شيء وثمانيةُ أَسهم، فنسقط منه نصيبَ أحد الأبوين، وهو أربعة؛ يبقى أربعة وثلث شيء، فهو وصية زَيْدٍ، نسقطها من المال؛ يبقَىٰ عشرون وثلثان نأخذ ربعه، وهو خمسة وسدسي شيء، نسقط منه نصيب أحد الأبوين، يبقى سهْمٌ وسدس شيء، فهو وصيةُ عمرو تجْمَعُ بين الوصيتَيْن، يبلغ خمسة ونصف شَيْء، وذلك يعدلُ الشيء الذي جعلناه أولاً مجموع الوصيتين، نسقطُ نصف شيء بنصف شيْء؛ يبقى خمسةٌ في معادلة نصف شيء، فالشيء عشرة[2] نزيدها علَىٰ سهام الورثة، تبلغ أربعة وثلاثين، كان لزيد أربعةٌ، وثلث شيء، فهي سبعة وثلث، وهي مع نصيب أحد الأبوين ثلث جميع المال، وكان لعمرو سهم وسدس من شيء، فهو سهمان وثلثان، وذلك مع نصيب أحد الأبوين ربع الباقي من المال بَعْدَ وصية زَيْدٍ؛ تبقَىٰ بعد العشرة أربعةٌ وعشرون للورثة.

ولو كانت المسألةُ بحالها، وأوصَىٰ لثالثٍ بتكملة نصْفِ ما يبقَىٰ بعد الوصيَّتَيْن الأوليينِ بنصيب زوجة، فنجعل مجموعَ الوصايا شيئاً، ونسقط من المال وصيتَي زَيْد وعمرو، وكما بينا؛ يبقَىٰ تسعة عشر، ونصف شيء، بأخذ نصفها، [وهو تسعة، ونصف سهم، وربع شيء، نسقط منه نصيب الزوجة،][3] وهو ثلاثة؛ يبقَىٰ ستة ونصفُ

---

(١) سقط في: ز.

(٢) في ز: اثنا عشر.

(٣) سقط في: ز.

سهم وربع شيء، فهي وصية الثالث، نضمها إلى الوصيتَيْن الأوليين؛ تبلغ أحد عشر سهماً، ونصف سهم، وثلاثة أرباع شيء، وهذا يعدل الشيء الَّذي جعلناه مجموع الوصايا؛ نسقط ثلاثة أرباع شيء بثلاثة أرباع شيء، يبقَىٰ ربع شيء في معادلة أحد عَشَرَ سهماً، ونصف سهم، فالشيء الكامل يعدِلُ ستة وأربعين، نزيدها على سهام الورثة، يبلغ سبعين، كان لزيد أربعة وثلث شيْء، فله تسعة عشر وثلث، وهو مع نصيب أحد الأبوين ثلثُ جميع المال، وكان[1] لعمرو سهم وسدس، فله ثمانية وثلثان، وهو تُسْعُ نصيب أحد الأبوين ربع الباقي بعد وصية زيد، وكان للثالث ستَّة، ونصف سهم، وربع شيء، فله ثمانية عشر، وهي مع نصيب الزوجة نصفُ الباقي بَعْد الوصيتين، وجملة الوصايا ستة وأربعون؛ يبْقَىٰ أربعة وعشرون للورثة.

مسألة: سبعةُ بنين، وأوصَىٰ بتكملة ربع ماله بنصيب أحدهم إلاَّ بتكملة سدس ما تبقَّىٰ من ماله بعد الوصية بنصيب أحدهم، فنَجْعَلُ الوصية شيئاً، وبنصف من المال يبقَىٰ مال إلاَّ شيئاً، نأخذ سدسه، وهو سدس مال، إلاَّ سدس شيء، وهذا السدُسُ الناقص سدس شيء مثل ربع المال إلاَّ شيئاً؛ لأَن الربع الناقص شيء ما هو إلاَّ نصيب من تكملة سدس الباقي المستثناة، وسدس الباقي نصيبٌ، وتلك التكملة، فإذن سدس مال إلاَّ سدس شيء يعدِلُ ربع المال إلاَّ شيئاً، فيجبر الربع بشيء، ويزيد الشيء على عديله، فإذن ربع مال يعْدِلُ سدس مال، وخمسة أسداس شيء، نسقط المثل بالمثل، يبقَىٰ نصف سدس مال في معادلة خمسة أَسداس شيء، فالمال يعدل عشرة أشياء، والشيء عشر مال؛ يبقى تسعة أعشار مال بَيْن البنين، وتسعة لا تنقسم على سبعة، ولا موافقة بينهما، فنضرِبُ عدد البنين في مخْرِج العشر، يكون سبعين، والنصيبُ تسعةٌ، نأخذ ربع المال، وهو سبعة عشر، ونصف، فنلقي منه نصيباً، وهو تسعة؛ يبقى ثمانية ونصف، فهي تكملة ربع المال بالنصيب، ثم نسقط الوصية، وهي سبعة من المال؛ يبقى ثلاثة وستون، نأَخذ سدسها، وهو عشرة ونصف، فنسقط منها النصيب؛ يبقَىٰ سهم ونصف، هو تكملة سدس الباقي من المال بَعْد الوصية، نسقِطُهَا من تكملة ربع الباقي من المال، وهي ثمانية ونصف؛ يبقَىٰ سبعة، وهي الوصية، فإذا أسقطناها من المال، يبقَىٰ ثلاثة وستون، لكلِّ ابنٍ تسعةٌ.

مسألةٌ: ابنٌ وبنتٌ وأَوصَىٰ بوصية، إذا زدتَّ عليها أَربعةَ دراهم، كانت مثلَ نصيبِ البِنْت، فإذا زدتَّ عليها تسعة دراهم، كانت مثل نصيب الابْنِ، فيجعل نصيب البنت شيئاً، وأَربعة دراهم، ونصيب الابن شيئاً وتسعة دراهم، ثم نُضَعِّف نصيب البنت،

---

(١) في ز: وقد كان.

يكون شيئين وثمانية دراهم، وذلك يعدلُ نصيب الابْنِ، فتسقط شيئاً بشيء، وثمانية دراهم بثمانية دراهم؛ يبقَىٰ شيء يَعْدِلُ درهماً، فهو الوصية، فإذا زدتَّ درهماً علَىٰ أربعة، بلغَتْ خمسةً، وهي نصيب البنت، فإذا زدتَّ درهماً علَىٰ تسعة، بلغَتْ عشرةً، وهي نصيبُ الابن، وجملة التركة ستَّةَ عَشَرَ، ولو أَوصَىٰ بوصية، إذا زدتَّها على نصيبِ البنْت، بلغ أَربعةً، وإذا زدتَّها على نصيب الابْنِ، بلغ سبعة، فتجعل الوصية شيئاً، ونلقيه من أربعة، يبْقَىٰ أَربعة إلاَّ شيئاً، فهي نصيبُ البنت، ونلقيه من سبعة؛ تبقَىٰ سبعة إلاَّ شيئاً، فهي نصيبُ الابن، ثم نضعِّف نصيب البنت ثمانية إلاَّ شيئَيْنِ، وذلك يعدل نصيبَ الابْنِ، فيجبر الثمانية بشيئين، ونزيدهما على التعديل، فثمانية تعدِلُ سبعة وشيئاً، يسقط سبعة بسبعة، يبقَىٰ واحدٌ يعدل شيئاً، فالشيء واحد، وهو الوصية، ونصيب البنت ثلاثةٌ، ونصيب الابن ستَّة، وجملة التركة عشرةٌ.

مسألةٌ: ابنان وبنتٌ وأَوصَىٰ لكلِّ واحدٍ من زَيْد وعمرو بوصيَّة، إذا زدتَّ علَىٰ وصية زيْد أربعةَ دراهم، كانت مثْلَ نصيب البنْت، وإذا زدتَّ علَىٰ وصية عمرو تسْعَة دراهم، كانت مثلَ نصيب ابنٍ، والوصيتان جميعاً عشرُون، كَم التركةُ، وكم الأنصباء، وكلُّ وصيةٍ، فنجعل نصيب البنْت شيئاً؛ فيكون نصيب الابن شيئين، ويكون وصية زيْدٍ شيئاً، إلا أربعة دراهم، ووصية عمرو شيئين إلاَّ تسعة، فالوصيتان ثلاثة أشياء إلاَّ ثلاثة عشر درهماً، وذلك يعدِلُ عشرين درهماً، فيُجبَرُ ويُقَابَلُ: فثلاثة أشياء تعدِلُ ثلاثة وثلاثين، فيكون الشيء أحد عشر، فهو نصيبُ البنْت ونصيبُ كلِّ ابنٍ اثنان وعشرُون، فإذا نقصت من أحد عشر أربعةً، بَقِيَ سبعة، فهي وصيةُ زَيْد، وإذا نقصتْ من اثنين وعشرين تسعةً؛ بقي ثلاثة عشر، فهي وصيةُ عمرو، فالوصيتان معاً عشرون، والتركةُ خمسة وسبْعُون.

ولو قيلَ: كانَتْ وصيةُ زيدٍ إذا نقصت من خمسة عشر، بقي مثْلُ نصيب البنت، ووصية عمْرو إذا نقصَتْ من أربعين، بقيَ مثل نصيب ابنٍ، والوصيتان عشرون، كم التركةُ؟ وكم الأنصباءُ؟ وكل واحدة من الوصيتين؟! فجعل نصيب البنت شيئاً، ونصيبَ الابْن شيئين، وينقص نصيب البنت عن خمسة عشر؛ يبقَىٰ خمسة عشر إلاَّ شيئاً، فهو وصية زيد، وينقص نصيب الابن مِنْ أربعين؛ يبقَىٰ أربعون إلاَّ شيئين، فهو وصيَّة عمرو، فالوصيَّتان خمسةٌ وخمسون، إلاَّ ثلاثة أشياء، وهي تعدلُ عشرين، فتجبر وتقابل: فخمسة وخمسون تعدلُ عشرين، وثلاثة أَشياء تسقُطُ عشرين بعشرين، يبقَىٰ خمسة وثلاثون في معادلة ثلثا شيء، فالشيء يعدل أحد عشر وثلثيْن، وهو نصيب البنتان أنقصته من خمسة عشر؛ يبقَىٰ ثلاثة وثلثين، فهي وصية زيْدٍ، ونصيب الابن ثلاثةٌ وعشرون وثلث، إذا نقصته من أربعين؛ يبقَىٰ سبعة عشر، وثلثانِ، فهي وصيةُ عمْرٍو، فالوصيتان عشرُون، والتركة ثمانيةٌ وسبعون وثلث.

مسألةٌ: ثلاثةُ بنينَ، وأوصَىٰ لثلاثة أشخاصٍ بوصايا، هي مثلُ نصيبِ أحد البنين، ووصية زيد وعمرو معاً أكثر من وصية بَكر بثلاثة دراهم، ووصية عمرو وبكر معاً أكثر من وصية زيد بسَبْعَة دراهم، ووصية زيد وبكر معاً أكثر من وصية عمرو باثْنَيْ عشر درهماً، كم التركةُ، وكم كلُّ وصية؟ تجعل نصيبَ كلِّ ابنٍ شيئاً، فتكون الوصايا كلُّها شيئاً، تسقط منه فضْلَ وصية زيد وعمرو وعلى وصية بكر وهو ثلاثة؛ يبقى شيء إلاَّ ثلاثةَ دراهم، نأخذ نصفَهُ، وهو نصف شيء إلاَّ درهماً ونصفاً، فهو وصية بكْر، ثم تسقط منه فَضْلَ وصيَّة عمرو وبكر علَىٰ وصية زيد، وهو سبعة؛ يبقَىٰ شيء إلا سبْعَةَ دَراهم، نأخذ نصفه، وهو نصْفُ شيء إلا ثلاثة دَرَاهِمَ ونصف درهم، فهو وصية زيْدٍ ثمَّ تسقط منه فضل وصية زيد وبكر على وصية عمرو، وهو اثنا عشر، يبقَىٰ شيء إلاَّ اثنَيْ عشر، نأخذ نصفه، وهو نصفُ شيء إلاَّ ستة فهُو وصية عمرو، وجميعها عند الأصمِّ شيء ونصف شيء إلا أحد عشر درهماً، وذلك يعدِلُ شيئاً، فيجبر ويقابل: فشيءٌ ونصفُ شيء يعدِلُ شيئاً وَأَحَد عشر، يسقط الشيء بالشَّيْء، فالنصف يعدل أحد عَشَرَ، والشيء الكاملُ يعدِلُ اثنين وعشرين، فعرفنا أنَّ نصيب كلِّ ابنِ اثنان وعشرون، وكذلك جميع الوصايا، فإن أردنا أن نعرِفَ كلَّ وصية أسقطنا من مبلغ الجميع فضْلَ وصيتَيْ زيد وعمرو، علَىٰ وصية بكْرٍ، وهو ثلاثة؛ يبقَىٰ تسعة عشر، نأخذ نصفها، وهو تسعة ونصف، فهي وصيةُ بكر، ثم أسقطنا منه فضْلَ وصيتَيْ عمرو وبكر علَىٰ وصية زيد، وهو سبعةٌ؛ يبقَىٰ خمسة عشر، نأخذُ نصْفَها، وهو سبعةٌ ونصفُ درهم، فهي وصية زيْدٍ، ثم أسقطنا منه فضل وصيتَيْ زيدٍ وبكرٍ علَىٰ وصية عمرو، وهو اثناً عشر، يبقَىٰ عشرة، نأخذ نصفَها خمسة، فهي وصية عمرو، وجملتها اثنانِ وعشْرُون، والتفاوُتُ كما وقع السؤال عنه، ولما كانت الوصايا في هذه الصورة ثلاثاً، وكانت كلُّ اثنين منها تفضُلُ الثالثة بعَدَدٍ، كانت كلُّ مفضولة نصف الباقي من جملة الوصايا بَعْدَ إِسقاط الفضل، ولو كانت الوصايا أَربعاً، وكلُّ ثلاث يفضل الرابعة بعَدَدٍ، فتكون المفضولة ثلُثَ الباقي من جملة الوصايا بَعْدَ إسقاط الفضل، ولو كانت الوصايا خمساً، وكلُّ أربع منها يفضل الخامسة بعدد، فتكون المفضولةُ ربع الباقي من جملة الوصايا بَعْدَ إسقاط الفَضْل، وعلَىٰ هذا القياس.

مسألة: ابنان، وأوصَىٰ لزيدٍ بمثل نصيب أحدهما، ولعمرو بثلثِ ما يبقَىٰ من النصف وبدرهم، وترك ثلاثين درهماً، فنجعلُ الوصيتَيْنِ شيئاً، ونلقيه من التركة؛ يبقَىٰ ثلاثون درهماً، إلاَّ شيئاً، لكلِّ ابنٍ خمسةَ عشَرَ إلاَّ نصفَ شيء، فهو النصيبُ، ثم نأخذ نصفَ المال، وهو خمسةَ عَشَرَ، فنسقط منها نصيباً، وهو خمسة عشر إلاَّ نصف شيء؛ يبقَىٰ نصف شيء، نأخذ لعمرو ثلاثة، وهو سدُسُ شيء، ونضم إليه درهماً، فالوصيتان معاً ستةَ عَشَرَ إلا ثلث شيء، وذلك يعدل شيئاً، فيجبر ويقابل: فستة عشر درهماً،

تعدل شيئاً وثلُثَ شيء، فالشيء يعدل اثنَيْ عشر درْهَماً، وهي جملةُ الوصيتَيْن، يبقَىٰ ثمانية عشر للابنين نأخذ نصف المال، وهو خمسة عشر درْهماً فنسقط نصيباً، وهو تسعة، تدفعه إلَىٰ زيد؛ يبقَىٰ ستة نأخذ ثلثها ودرهماً، لعمرو؛ يبقَىٰ ثلاثة نزيدهَا على النصفِ الآخر، تبلغ ثمانية عشر؛ لكل ابنٍ تسعةٌ.

مسألةٌ: ستة بنينَ، وأوصَىٰ لزيد بمثل نصيبِ أحدهم، ولعمرو بثلثِ ما يبقَىٰ من الثُلث، والتركة ثلاثةَ عَشَرَ درهماً، وثوب فأخذ زيد الثوب بحقه كم قيمته فجعل الثوب شيئاً فتكون التركة ثلاثة عشر درهماً وشيئاً، نأخذ ثلثها، وهو أربعة دراهم، وثلث درهم، وثلث شيء، فيُسقط منه بالنصيب شيئاً، يبقَىٰ أربعة دراهم، [وثلث درهم، إلا ثلثي شيْء فنسقط من ذلك ثلاثة، وهو درهم][(١)]، وأربعة أتساع درهم، إلاَّ تُسُعَيْ شيء؛ يبقَىٰ درهمان، وثمانية أتساع درْهَم، إلا أربعة أتساع شَيْء، نزيده علَىٰ ثلثي المال وهو ثمانية أتساع درهم إلاَّ أربعة أتساعَ شيء، نزيده على ثلثي المال، وهو ثمانية دراهِم، وثلثا درهم، وثلثا شيء يبلغ أحد عشر درهماً وخمسة أتساع درْهَم، وتسعَيْ شيء، وذلك يعدل ستَّة أشياء، فنسقط تسعَيْ شيء، بِتُسُعَيْ شيء؛ يبقَىٰ أحد عشر درْهَماً وخَمْسة أتساع درهم، في معادلة خمسة أشياء، وسبعة أتساع شيء، فنبسطها أتساعاً، فتكون الأشياء اثنين وخمسين، والدراهم مائة وأربعة؛ فالشيء الواحد يعدل درهمين، فعرفنا أن قيمة الثَّوْب درهمان، نأخذ ثلث المال، وهو خمسة دراهم، يدفع الثَّوْب منها إلى زَيْدٍ بدرهمين، يبقى ثلاثة، يدفع منها واحداً إلَىٰ عمرو، يبقى اثنان، نزيدهما على ثلثي المال، يبلغ اثني عشر، لكلِّ واحد درهمان، ولو كان البنُونَ ثلاثة، فالعمل علَىٰ ما ذكرنا إلَىٰ أن يعادل أحد عشر دِرْهماً.

وخمسة أتساع درهم، وتسعا شيء، ثلاثة أشياء تسقط تُسْعَيْن بتُسْعَيْن، فأحد عشر درهماً، وخمسة أتساع، يعدل شيئين، وسبعة أتساع نبسطها أتساعاً، فالأشياءُ خمسةٌ وعشرون، والدراهم مائةٌ وأربعة، فالشيء يعدل أربعة دراهم، وأربعة أجزاء من خمسة وعشرين جزءاً من درهم، فهو قيمة الثوب، وجملة التَّرِكَة سبعة عشر درهماً، وأربعة أجزاء من خمسة وعشرين جزءاً من درهم، نأخذ ثلثه؛ وهو خمسة دراهِمَ وثمانية عشر جزءاً من خمسة وعشرين جزءاً من درهم، فنسقط منه لزيد أربعة دراهم وأربعة أجزاء من خمسة وعشرين جزءاً من درهم؛ يبقَىٰ درهم، وأربعة عشر جزءاً من خمسة وعشرين جزءاً من درهم، نأخذ ثلاثة، وهو ثلاثة عشر جزءاً من خمسة وعشرين جزءاً من درهم [يبقى درهم وأربعة عشر جزءاً من خمسة وعشرين جزءاً من درهم، نأخذ ثلثه، وهو ثلاثة عشر جزءاً من خمسة وعشرين جزءاً من درهم؛][(٢)] يبقى درهم وجزءٌ من خمسة

---

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز، أ.

وعشرين جزءاً من درهم، تزيده على ثلثي المال؛ وهو أحد عشر درهماً، وأحد عشر جزءاً من خمسة وعشرين جزءاً من درهم، يبلغ اثنَيْ عَشَرَ درهماً، واثني عشر جزءاً من خمسة وعشرين جزءاً من دِرْهَمٍ لكلِّ واحدٍ أربعةُ دراهمَ وأربعة أجزاء من خمسة وعشرين من دِرْهَمٍ.

مسألة: اثنان، وأوصَىٰ بوصية، إذا نقصتها من نصيب أحدهما، بَقِيَ مثْلُ الوصيَّة وربع جميع المال، كم الوصية، وكم النصيب؟ نجعل ربع المال شيئاً، وتعلم أنه إذا انضمت إليه وصية، كانت مثل نصيب أحد الابنين، إلاَّ وصية، فنصيب كل ابن شيءٌ ووصيتان، ثم نأخذ المال كله، وهو أربعةُ أشياء؛ لأنا جعلنا الربع شيئاً، فنسقط منه الوصية، يبقَىٰ أربعة أشياء إلا وصيَّة، وهو يعدل نصيبَيْ الابنين، وهما شيئان وأربع وصايَا؛ لأنَّ كلَّ نصيب شيْءٍ ووصيتان، فتجبر وتقابل؛ فأربعة أشياء تعدل شيئَيْنِ وخمس وصايا، نُسْقِطُ شيئين بشيئين، يبقى شيئان في معادلة خمس وصايا، فنقلب الاسم، فتقول: الشيء خمسة، والوصية اثنان، فكان المال أربعةَ أشياء، فهو إذن عشرون، ونصيب كلِّ ابن شيء ووصيَّتَان، فهو إذن تسعةٌ، فإذا نقَصْنا الوصيةَ، وهي اثنان من النصيب، تبقَىٰ سبعة، وهي مثل الوصية وربع جميع المَالِ.

مسْأَلَةٌ: ابنٌ وبنتٌ، وأوصَىٰ بثلاث وصايَا لثلاثةِ أشْخَاصٍ، وكان إذا جمعت وصيتا زيد وعمرو، كان المبلغُ مثْلَ نصيب الابن، وإذا جمعت وصيتا زيد وبكر، كان مثل ثلث التركة، فيُجْعَلُ وصية عمرو شيئاً، ويسقطه من نصيب الابن؛ يبقَىٰ نصيبان إلاَّ شيئاً، فهو وصية زيدٍ، ويسقط الشيء من نصيب البنت، يبقَىٰ نصيب إلاَّ شيئاً، فهو وصيَّة بكْرٍ، ثم يجمع وصيتي بكر وزيد، وهما ثلاثة أنصباء إلا شيئَيْنِ، وذلك ثلث المال؛ فالمال إذن تسعة أنصباء إلا ستة أشياء، فتلقى منه الوصايا كلَّها، وهي ثلاثة أنصباء إلاَّ شيئاً؛ لأن وصية زيد نصيبان إلاَّ شيئاً، ووصية عمرو شيْء، ووصية بَكْرٍ نصيب إِلاَّ شيئاً.

وإذا أسقطنا ذلك من المال، بقي ستة أنصباء إلاَّ خمسة أشياء، تَعْدِلُ أنصباء الورثة؛ وهي ثلاثة، فتجبر وتقابل، فستة أنصباء تعدل ثلاثة أنصباء، وخمسة أشياء تسقط ثلاثة أنصباء بمثلها؛ يبقَىٰ ثلاثة أنصباء تعْدِلُ خمسة أشياء، فيقلب الاسم، ونقول: الشيءُ ثلاثة، والنصيبُ خمسة، فللابن عشَرَةٌ وللبنت خمسةٌ، ووصية زيد سبعةٌ؛ لأنها نصيبان إلاَّ شيئاً، ووصية عمرو ثلاثةٌ؛ لأنها شيْءٌ، ووصية بكر اثنان؛ لأنها نصيب إلاَّ شيئاً، والتركة تسعة وعشرون.

مسألة: ابن وبنت، وأوصَىٰ لزيد وعمرو بوصيتين، فكانت وصية زيد ضِعْفَ وصية عمرو، وكانتا معاً سدس المال، وإذا ضربْتَ كلَّ واحدة منهما في نفسها،

وأسقطت الأقلَّ من الأكثر، كان الباقي مثْلَ نصيب البنت؛ فيُجْعَلُ وصية عمرو شيئاً، ووصية زيد شيئين، وهما معاً سدس المال، فالمالُ ثمانية عشر شيئاً، ثم نضرب وصيَّة عمرو في نفسها، فيُجْعَلُ مال. ووصية زيد في نفسها يجعل أربعة أموال، تسقط الأقل من الأكثر؛ تبقَىٰ ثلاثة أموال، فهي نصيبُ البنت.

فنصيبُ الابْنِ ستة أموال، نزيد الوصيتين على مجموعهما، تحصلُ تسعة أموالٍ وثلاثة أشياء، وهي تعدل جميع المال، وهو ثمانية عشر شيئاً، يسقط ثلاثة أشياء بمثلها، تبقى تسعة أموال في معادلة خمسة عشر شيئاً، فالشيء واحدٌ وثلثان، وهو وصية عمرو، ووصية زيد ثلاثة وثلث، وهما جميعاً سدس التركة، فهي إذن ثلاثون، وإذا ضربت درهماً وثلثَيْ درهم في نفسه، حصل درهمان وسبعة أتساع، وإذا ضربت ثلاثة دراهم وثلث درهم في نفسه، حصل أحد عشر درهماً وتسع درهم، وإذا أسقطت الأَقلَّ من الأكثر، يبقَىٰ ثمانية دراهم وثلث؛ وهي مثل نصيب البنت والابن ستة عشر وثلثان.

مسألة: زوجٌ، وأم، وأخ وأوصَىٰ لزيدٍ بمثل نصيب الأخ، ولعمرٍو بثلث ما يبقَىٰ من الثلث، وشرط ألاَّ تُضَامَ الأم، فمسألة الورثة من ستة، ونَجْعَلُ ثلث المال سهماً، وثلاثة دراهم، أما سهما فلانِ الأخ الموصَىٰ بمثلَ نصيبه، له سهم من مسألة الورثة، وأما ثلاثة دراهم، فلذكره ثلث ما يبقَىٰ من الثلث، فندفع سهماً إِلَىٰ زيد؛ يبقى ثلاثة دراهم، يُدْفَعُ منها واحدٌ إلى عمْرٍو يبقَىٰ درهمان، نزيدهما علَىٰ ثلثي المال، وهو سهمان وستة دراهم، يكون سهمين وثمانية دراهم، وذلك يعدل ثلث المال وأربعة أسْهُمٍ؛ لأن الأمَّ، إذا لم تُضَمْ، أخذَتْ ثلُثَ المال كاملاً.

وللزوج والأخ أربعة أسهم، وثلث المال سهمٌ وثلاثةُ دراهم، فإذن: سهمان وثمانية دراهم تعدِلُ خمسة أسهم وثلاثة دراهم، يسقط المثل بالمثل، فتعود السهام إلى ثلاثة، والدراهم إلى خمسة، وتقلب الاسم، ويعول السهم خمسة، والدرهم ثلاثة، وكان ثلث المالِ سَهماً وثلاثة دَرَاهِمَ، فهُوَ إذن أربعة عَشَر، [تعزل][1] منها نصيب الأخ، وهو خمسة لزيد، وثلث الباقي، وهو ثلاثة لعمرو، يبْقَىٰ ستة، نزيدها على ثلثي المال، يبلغ أربعة وثلاثين؛ من ذلك ثلث المال للأمّ، وهي أربعة عشر، يبقَىٰ عشرون للزوج بثلثه خمسة عشر، وللأخ بواحدٍ خمسة، والمسألة ونظائرها تُفْرَضُ فيما إذا أجاز من عليه الضَّيْم لمن لا ضَيْمَ عليه.

---

(١) في ز: يعدل.

البَابُ الثَّانِي

فِي المَسَائِلِ الدَّوْرِيَّةِ

مِن سَائر التصرُّفات الشرعية

ونوردها على ترتيب أبوابها في الفقه.

فمنها البيعُ: وقد ذكرنا في تفريقِ الصفقة مسائل؛ منه يفرض لها الدّور.

فمن تلك المسائل أن يبيع المريض قفيزاً جيداً من الحنطة، قيمته عشرون بقفيزٍ رديءٍ، قيمته عشرة، وبيّنا أن هذا البيع باطل أصلاً علَىٰ أحد القولَيْن، وإذا بَطَلَ البيع على ذلك القوْل، بَطلَتِ المحاباة التي هِيَ في ضمنه، وليس للمشتري أن يقول: رددتُ البيع، فسلموا إليّ قدْر المحاباة.

وعلى القول الثاني يصحُّ البيع في بعض القفيز ببعض القفيز، واستخرجنا بالجَبْر وغيره: أن ذلك البعض هو ثلثان، ولو باع كُرّاً قيمته خمسون بكُرٍّ قيمته ثلاثون، وله سواه عشَرَةُ دراهمَ، صحَّ البيع في جميع الكُرِّ؛ لأنه رجع إليه ثلاثون، وعنده عشرة، فيبقىٰ لورثته أربعون، ولم يُحَاب إلاَّ بعشرين، ولو كانت قيمة الكُر الجيد خمسين، وقيمة الكر المقابل خمسة عَشَرَ، وله عشرة، فنقول: صحَّ البيع في شيْءٍ من الكر الجيد، وقابله من الثمن ثلاثة أعْشَار ذلك الشيء، فبقيت المحاباةُ سبعة أعشار شَيْء مع الورثة؛ عشرة دراهم أيضاً، وهي عُشرا كُرّ، فيجتمع معهم كر وعُشر كُرٌ إلاَّ سبعة أعشار شيْء، وذلك يعدل ضعْفَ المحاباة، وهي شيء وأربعة أعشار شَيْء؛ لأن المحاباة سبعة أعشار شيء، فيجبر، ويقابل فكر وعُشر كُرٌ يعدل شيئين وعُشر شيء، نبسطها أعشاراً، ونقلب الاسم، فيكون الكر أحداً وعشرين، والشيء اثنَيْ عَشَرَ، فيصح البيع في اثني عشر جزءاً من أحد وعشرين جزءاً من الكر.

وذلك يعدل أربعة أسباعه بأربعة أسباع الكر الرديء، وهي بالقيمة ثلاثة أعشار المبيع من الكر الجيد، فيُجْعَل الكر عدداً له سُبع وعُشر، وأقله سبعون، فيصحُّ البيع في أربعة أسباعه، وهي أربعون بثلاثة أعشار الأربعين، وهي اثنا عشر، فبقيتِ المحاباةُ بثمانية وعشرين.

ومع الورثة مما بَطَلَ البيع فيه ثلاثون وعُشر كر، وهما أربعة عشر، بأجزَاءِ السبعين، فيجتمع عندهم ستة وخمسون، ضعْف المحاباة، وبطريق النسبة والتقدير: نقول: ثلث الكر والعَشرة المتروكة عشرون، والمحاباة بخمسة وثلاثين.

والعشرون أربعة أسباع الخمسة والثلاثين، فيصحُ البيع في أربعة أسباع الكر.

ولو باع كراً قيمته مائة، بكَر قيمته خمسون، وعليه عَشَرَة دراهم دَيْناً، فنَحُطّ العشرة من ماله، ويُقَدَّر كأنه لا يملك إلا تسعين، وثلثها ثلاثون، والمحاباة بخمسين، والثلاثون ثلاثة أخماس الخمسين، فيصحُّ البَيْع في ثلاثة أخماس الجيد، بثلاثة أخماس الرديء، فيخرج من ملكه ستون، ويعود إليه ثلاثُونَ؛ ويبقى مما بَطَل فيه ثلاثون، وذلك ضعف المحاباة.

وإذا كان على المريض دَيْن، وله مَال سوى ما باع تركةٌ، فيقابل الدين بالتركة، فإن تساويا؛ فكأنه لا دين، ولا تَرِكَة، وإن زاد أحدهما، اعتبرنا الزائد على ما بيناه.

وهذا في بيع الجنس بالجنس من الربويات.

أما إذا باع كر حنطة قيمته عشرون، بكر شعير قيمته عشرة، فإنْ قلنا: نصحُّ البيعُ في البعض بقسْطِه من الثمن، فالجواب كما لو باع الحنطة الجيدة بالرديئة، فيصحُّ البيع في ثلثي الحنطة، بثلثي الشعير، وإن قلنا: يصح فيما يحتمله الثلث، وفيما يوازي، الثمن بجميع الثمن، فيصح البيع في خمسة أَسداس الحنطة بجميع الشعير؛ لأنه يصحُّ في قدر الثلث، وفيما يوازي الشعير بالقيمة، وهو النصف، ولا بأس بالمفاصلة في الكيل ها هنا.

فَصْلٌ

في بيع المريض بالمحاباة مع حدوث زيادة، أو نقصان في المبيع.

أما الزيادة: فالاعتبار بالقدر الذي يصح فيه البيع بيوم البيع، وزيادته للمشتري غير محسوبة عليه، والاعتبار في القدر الذي يبطل فيه البيع، ويبقى للورثة بيوم الموت، ولا فَرْقَ بين أن تكون الزيادةُ لمجرَّد ارتفاع السوق، أو لصفقة تزيد في القيمة، فإذا باع عبداً قيمته عشرون بعشرة، ثم زادَتْ قيمته، فبلغت أربعين، وصحَّحنا البيع في بعضه على ما بيناه في تفريق الصفقة؛ فإن صحَّحنا البيع في بعضه بجميع الثمن، فللمشتري بالعشرة نصف العبد، وهي قيمته يوم الشراء، يبقى نصف العبد وقيمته يوم الموت عشرون، تضمه إلى الثمن يبلغ ثلاثين، فله من ذلك شيء بالمحاباة، وشيء يتبع المحاباة؛ بسبب زيادة القيمة غير محسوب عليه. يبقىٰ ثلاثون درهماً إلاَّ شيئين، يعدل ضعف المحاباة؛ وهو شيئان، فيُجْبَر، ويقابَلُ، فثلاثون درهماً تعدل أربعة أشياء، فالشيء ربع الثلاثين، وهو سبعة دراهم ونصف درهم، وهذا ما يجوز التبرُّع فيه، وهو ثلاثة أثمان العبد يوم البيع، فيُضَمُّ إلى النصْفِ الذي ملكه المشتري بالثمن؛ فيحصُلُ له بالتبرع، والثمن سبعة أثمان العبد، يبقى للورثة ثمنه، وهو خمسة يوم الموت، والثمن، وهو عشرة، وهما ضعف المحاباة.

وإن صحَّحنا البيع في بعضه بقسطه من الثمن؛ فنقول: صحَّ البيع في شيء من العبد بنصف شيءٍ من الثمن؛ فيكون المحاباة بنصف شيء ويبطل البيع في عبد إلاَّ شيء، وقيمته عند الموت أربعون درهماً إلاَّ شيئين، وإنما استثنى شيئين؛ لأن الاستثناء يزيد بحسب زيادة المستثنى منه، فيُضَمُّ إليه الثمن، وهو نصف شيء، يبقى أربَعُون إلاَّ شيئاً ونصف شيء؛ وذلك يعدل ضِعْفَ المحاباة، إليه الثمن، فَيُجْبَرُ، ويقابَلُ.

فأربعون تعدل شيئين ونصف شيء، فالشيء خُمسا الأربعين، وهما ستة عشر، وهي أربعة أخماس العبد يوم البيع، فللمشتري أربعة أخماس العبد بأربعة أخماس الثمن، وهي ثمانية؛ [فتكون المحاباة بثمانية، وللورثة أربعة أخماس الثمن، وهي ثمانية][1] وخمس العبد وقيمته يوم الموت ثمانية، فالمبلغ ستة عشر؛ ضعف المحاباة.

ولا اعتبار بالزيادة الحادِثَةِ بعد موت المريض، بل وجودُهَا كعدمها.

وأما النقصان: فإما أن يحدث في يد المشتري، أو في يد البائع المريض:

القسم الأول: إذا حدث النقصان في يد المشتري؛ فإما أن يحدُثَ قبل مَوْت البائع، أو بَعْدَهُ:

أما الحالة الأُولَىٰ فمثالها: أن يبيع عبداً قيمته عشرون بعشرة، ثم تعود قيمته إلَىٰ عشرة، ثم يموت البائع، فإن صحَّحنا البيع في بعض العبد بجميع الثمن، فنقول: يملك المشتري نصف العبد بالعشرة، ويُضَمُّ نصفه الآخر يوم الموتِ، وهو خمسةٍ إلى الثمن، يبلغ خمسة عشر، فللمشتري شيء من ذلك بالمحاباة، وذلك الشيء محسوبٌ عليه بشيئين؛ لأن النقصان بالقسْط محسُوب على المتبرّع عليه، فيبقى للورثة خمسة عشر إلاَّ شيئاً، يعدل ضعف المحسوب علَيْه من المحابَاةِ، وهو أربعة أشياء، فيُجْبَرُ، ويُقَابَلُ، فخمسة عشر تعْدِلُ خمسة أشياء، فالشيء ثلاثةِ، وهي ثلاثة أعشار العبد يوم الموت، وإذا انضم إليها النصْف الذي ملكه بالثمن، وهو خمسة يَوْمَ المَوْت، كان المبلغ ثمانية، وهي أربعة أخماس العبد [يوم الموت، فيصحُّ البيع في أربعة أخماس العبد،][2] وهو ستة عشر بجميع الثمن، وهو عَشَرة؛ يبقى التبرع بستة، وللورثة خمس العبد، وهوَ دِرْهَمَان، والثمن، وهُوَ عَشَرة، وجملتها اثنا عشر ضعْف المحاباة.

وإن صحَّحنا البيع في بعضه بالقِسْط فنقول: يصحُّ البيع في شيْء من العبد، بنصف شيء من الثمن، ويبطُل في عبد ناقص بشيء، وقيمته يوم الموت عشرة إلاَّ نصف شيء [فنضم الحاصل من الثمن، وهو نصف شيْء][3] إليه، فيكون عشرة دراهم

---

(١) سقط في: ز، أ.

(٢) سقط في: ز، أ.

(٣) سقط في: ز، أ.

بلا استثناء، وهي تعدل ضِعْفَ المحاباة، وهو شيء، فالشيء عشرة دراهم، وهي نصف العبد يوم البيع، فيصحُّ البيع في نصفه، وهو عشرة بنصف الثمن، وهو خمسة، فالمحاباة بخمسة دراهم، وللورثة نصْف العَبْد يوم الموت، وهو خَمْسة، ونصف الثمن، وهو خمسة، وجملتها ضعف المحاباة.

وفقه هذه الحالة: أن ما يصحُّ فيه البيع، فحصته من النقصان محسوبةٌ على المشتري؛ لأنه مضمون عليه [بالقبض، وما بطل فيه البيع، فحصته من النقصان غير مضمونة][1] على المشتري، لأنه أمانة في يده؛ لأنه لم يتعدَّ بإثبات اليد عليه، ولا قبضه لمنفعة نفسه. واستدرك الإمام، فقال: إنْ كان النقصانُ مجرَّد انخفاض السوق، فهذا صحيح؛ لأن نقصان السوق لا يُضْمَنُ باليد مع بقاء العين، وأما إذا كان النقصان في نفس العبد؛ فيحتمل أن يقال: إنه مضمون على المشتري؛ لأنه مقبوض على حكم البيع، حتَّىٰ لو برأ المريض، كان البيع لازماً في الجميع.

وإذا كان المقبوض بالبَيْع الفاسِد مضموناً على المشتري لاعتقادِ كَوْنِه مبيعاً، فهذا أولَىٰ؛ فعلى هذا: يصير المشتري غارماً لقدر من النقصان، مع الثمن، ويختلف القدر الخارج من الحِسَاب.

الحالةُ الثانيةُ: أن يحدث النقصان بعد موت البائع؛ فظاهر ما أورده الأستاذ أبو منصور: أنه كما لو حَدَث قبل الموت؛ حتَّىٰ يكون القدر المبيع ها هنا، كالقدر المبيع فيما إذا حدث قبل موته، قال الإمام: وهذا خطأٌ، إن أراد هذا الظاهر؛ لأن النَّظَر في التركة، وحساب الثلث والثلثين، إلى حالة الموت، ولا معنى لاعتبار النقصان بَعْده؛ كما لا يعتبر الزِّيَادَة.

القسم الثاني: إذا حدث النقصان في يد البَائِع، بأن باع المريض عبداً يساوي عشرين بعشرة، ولم يسلمه؛ حتى عادَتْ قيمته إلى عشرة؛ ذكر الأستاذ: أنه يصحُّ البيع في جميعه؛ لأن التبرُّع إنما يتم بالتسليم، وقد بان قبل التسليم أنه لا تبرع، وأنه باع الشيء بثمن مثله، وبمثله أجاب، لو عادت القيمة إِلَىٰ خمسة عشر؛ لأن التبرُّع يكون بخمسة، والثلث واف بها، واعترض الإمام بأن التبرُّع الواقع في ضمن البيع لا يتوقَّف نفوذه، وانتقال الملك فيه على التسلِيم؛ فوجب أن ينتظر إِلَىٰ وقت انتقال الملك، وَألاَّ يفرق بين النقصان بعد القبض وقبله، وَهذه الاعتراضات بَيِّنَه.

فرع: النقصان الحادث في يد المشتري، إن كان بانخفاض السوق، لم يُرْفَع خيار المشتري بتبعض الصفقة عليه، وإن كان لمعنًى في نفس المبيع، فقد شبَّهُوهُ بالعَيْب الحادث، مع الاطلاع علَى العَيْب القديم.

---

(١) سقط في: ز، أ.

فَصْلٌ

محاباة المشترِي تُعْتَبَرُ من الثلث؛ كمحاباة البائع؛ لأن كلَّ واحد منهما مفوِّت للملك على الورثة، فإذا اشترى المريضُ عبداً، قيمته عشَرةٌ بعشرين، لا يملك غَيْرَها، فثلثُ مالِهِ ستة وثلثان؛ والمحاباة عَشَرة، وستة، وثلثان ثلثا العشرة، فيصحُّ الشراء في ثلثَي العَبْد؛ وهو ستة، وثلثان بثلثي الثمن وهو ثلاثة عشر وثلث، يبقى مع الورثة ثلث الثمن وهو ستة وثلثان ـ وثلثا العبد ـ وهو ستة وثلثان، وذلك ضعف المحاباة.

هذا إذا أجاز البائع البَيْع، وله أن يفسخ، ويسترد العبد؛ لتبعض الصفقة عليه، ولو اشترى عبداً، قيمته عشرة، بعشرين، فزادت قيمة العَبْدِ في يده، أو في يد البائع، فصارت خمسة عشر، فقد زادَتْ خمسة في تركتِهِ، فإن قلنا: يصحُّ الشراء في بعض ما حابى فيه بجميع ما يقابله، فيضم الخمسة الزائدة إلى الثمن؛ فيصير جميع التركة خمسة وعشرين، وثلثها ثمانية وثلث، فيقال للبائع: ثلث ماله ثمانية وثلث، وقد حاباك بعشرة، فإما أن يفسخ العقد، وتسترد العبد، وإما أن تردّ ما زاد على الثلث، وهو درهم وثلثان، فإن رد، فمع الورثة العبد، وقيمته يوم الموت خمسة عشر، ومعهم درهم وثلثان، وهما ضعف المحاباة، وإن قلْنا: يصحُّ الشراء في بعضِهِ ببعض ما يقابله، فنقول: يصحُّ الشراء في شيء من العبد بشيْئَيْنِ من الثمن؛ فتكون المحاباة بشيء.

يبقَىٰ عشرون درهماً إلاَّ شيئين؛ يُضَمُّ إليه المُشتَرىٰ من العَبْد، وكان شيئاً فصار شيئاً ونصفاً، يبلغ عشرين إلاَّ شيئاً، ونصف شيء، وذلك يعدل ضعف المحاباة، وهو شيئان، فيُجْبَرُ ويُقابَلُ فالعشرِون، تعدل شيئين ونصف شيء، فالشيء ثمانية؛ وهي خُمُسا العشرين، وأربعة أخماس العبد، فيصحُّ البيع في أربعة أخماس العبد، وهي ثمانية بأربعة أخماس الثمن، وهي ستة عشر؛ فتكون محاباةُ المشتري بثمانية، يبقىٰ لورثته خمس الثمن؛ وهو أربعة وأربعة أخماس العبد، وهي اثنا عشر يوم الموت فالجملة ستة عشر، ضعْفَ المحاباة.

ولو اشترَىٰ كما ذكرنا، ثم نقص العبد في يد المريض، فعادَتْ قيمته إلى خمسة، فإن قلْنا.

بالأول من القولين، فقد كانت تركته عشرِين، وصارت بالآخرة خمسةَ عَشَرَ، وثلثها خمسة، فيقال للبائع: إما أن ترد على الورثة خمسة؛ ليكون معهم العبد، وهو والدراهم الخمسة[1]، فيكون لهم ضعْف الخمسة، وإما أن تفسخ البيع، وتردَّ الثمن بتمامه، وتستردَّ العبد ناقصاً، ولا ضمان للمشتري، وإن قلْنا بالتقسيط، فقد ذكر الأستاذ

---

(١) في: ز: وهو خمسة والدراهم.

أبو منصور: أن المُشْتَرِي يضمن قسْط ما بطل البيع فيه من النقصان، وينقص ذلك من التركة؛ كدَيْن يلزمه قضاؤه، قال الإمامُ: هذا رجوعٌ إلَىٰ ما قدمنا أن المأخوذ على أنه مبيع، يكون مضموناً عليه، ومناقض لما ذكر الأُسْتَاذُ أنَّ ما لا يصحُّ فيه البيع أمانة في يد المشتري، ثم حسابه أن يُقال: صحَّ الشراء في شيء من العبد، بشيئين من الثمن، وبَطَلَ في عبد ناقص، بشَيْءٍ، قيمتُه بالتراجع خمسة دراهم، إلا نِصْفَ شيء، فينقص القدر الذي نقص من التركة، تبقَىٰ خمسة عشر درهماً إلا شيئاً ونصف شيء؛ تضم إليه الشيء المشتري من العبد، وقد رجع إلى نصف شيء، فيكون الحاصل خمسة عشر [درهماً إلا شَيْئاً يعدل ضعْف المحاباة، وهو شيئان فتجبر وتقابل فخمسة عشر][1] تعدل ثلاثة أشياء.

فالشيء ثلث الخمسة عشر، وهو نصْف العبد، فيصحُّ الشراء في نصف العبد بنصف الثمن، فتكون المحاباة بخَمْسَة؛ يبقَىٰ للورثة نصف الثمن، وهو عَشَرة، ونصف العبد، وهو اثنان ونصف، يسقط من المبْلَغ قسط ما بَطَلَ العقد فيه من النقصان، وهو اثنان ونصف شيء، يبقى في أيديهم عشرة ضِعْف المحاباة.

فرع: اشترى المريض عبْداً يساوي عشرة بعشرين، وله ثلاثون درهماً، وقبض العبد، وأعتقه، فالمحاباة بعشرة، وهي ثلث ماله، قال ابن الحدَّادِ: إن كان ذلك قَبْل توفية الثمن على البائع نفذ العتق، وبطَلَتِ المحاباة، والبائع يأخذ قَدْر قيمة العبد، بلا زيادة، وعلل بأن المحاباة في الشِّرَاء. كالهبة، فإذا لم تكن مقبوضةً حتَّىٰ جاء ما هو أقوَىٰ منها، وهو العتق، أبطلها. وإن كان بعد توفية الثمن، بطل العتق؛ لأن المحاباةَ المقْبُوضَة قد استغرقَتِ الثلث.

قال الشيخ أبو عليٍّ: قد أكثر ابن الحدَّاد التبجح[2] بهذه المسألة، وهو غالطٌ فيها عند الأصحاب كلِّهم، وقالوا: لا فرق في المحاباة بين أن تكون مقبوضَةً، أو لا تكون مقبوضة؛ لأنها متعلِّقة بالمعاوضة [والمعاوضات][3] تلزم بنفس العقد، ولهذا يتمكَّن الواهب من إبطال الهبَةِ قبل القَبْض، ولا يتمكَّن من إبطال المحاباة.

وقد أجاب ابن الحدَّاد في «باب الصداق» بهذا، إذا أصدق المريض المرأة أكثر من مَهْرِ مثلها، وإذا لم يفترق الحال بين أن تكون مقبوضة، أو غير مقبوضة فالجواب في الحالتين تصحيحُ المحاباةِ المتقدِّمة، وإبطال العتق المتأخِّر، قال: وأما قوله: «إن البائع يأخذ قيمة العبد بلا زيادة»، فهذا لا يجوز أن يلزم، ويكلَّف به؛ لأنه لم يَزُلْ ملكُهُ إِلاَّ بعشْرِين، ولكن يُخَيِّرُ بين ما ذكروه، وبين أن يفسخ البيع ويبطل العِتْق.

---

(١) سقط في: ز، أ.
(٢) في: ز: الحجج.
(٣) سقط في: ز.

فَصْلٌ في إتلاف المريضِ المُحَابِي، أو صاحِبه ما أخذه

باع المريض عبداً، يساوي عشرين، بخمسةٍ، وأتلف الثمن الذي أخذه؛ فإن قلنا: يصحُّ البيع في بعض ما حابَىٰ فيه بجميع ما يقابله، فقد ملك المشتري ربع العَبْدِ بالخمسة، وأتلف البائع الخمسة من ماله، فعادَتِ التركَةُ إلى خمسة عشر للمشتري من ذلك شيء بالمحاباة، يبقَىٰ للورثة خمسة عَشَر إلاَّ شيئاً يعدل ضعف المحاباة، وهو شيئان، فَيُجْبَرُ، ويُقَابَلُ؛ فخمسة عشر تعدِلُ ثلاثة أشياء؛ فالشيء خمسة، وهو ربع العبد؛ فيحصل للمشتري نصْف العبد، ربعه بالثمن، وربعه بالتبرُّع، وهو خمسة؛ يبقى للورثة عَشَرة ضعْف المحاباة.

وإن قلْنا بالتقسيط، صحَّ البيع في ثلث العبد بثلث الثمن، وقد بينا ذلك بطريقة الجبر وغيرها، فيما إذا باع قَفِيزَ حنطة يساوي عشرين، أو ثلاثين، بقفيز يساوي عشرةً في «باب تفريق الصفقة» وهذا الجوابُ مطَّرِدٌ، كيف فُرِضتْ قيمة الجيد والرديء على اختلاف الأقدار، وبُيِّنَ ذلك بطريقتين أخريتين والتصوير فيما إذا كان الجيِّدُ يساوي عشرين، والرديءُ عَشَرَةً.

إحداهما: بطريقة الخطائين، فقدر القفيز الجيِّد خمسة أسهم، وتصحيحُ البيع في سَهْم بنصف سهم، فتكون المحاباةُ بنصْف سهم؛ يبقَىٰ أربعة أسهُم ونصْف سهم، يقضي منْهَا القفيز الرديء، وهو سهمان ونصف، ويبقَىٰ في يد الورثَة سهمان، وكان ينبغِي أنْ يكُونَ سهماً، ولو ضعف المحاباة فأخطأنا بسهم واحد، ثم نعود ونصحِّح البيع في سهمٍ وثلث سهم من الخمسة بنصْفه، وهو ثلثا سهْم؛ فتكون المحاباةُ بثلثَي سهم، تبقَىٰ فيَ يد الورثة أربعَةٌ وثلث.

نقضي منها القفيزَ الرَّدِيء، وهما سهمان ونصْف، يبقَىٰ سهم وخمسة أسداس سَهْم، وكان ينبغِي أَنْ يكون سهماً وثلثاً، فأخطأنا بنصف سهم، فنقول: لما زدْنَا ثُلُث سَهْم، ذهب نصف الخطأ. فلو زدنا ثلثَيْ سهم، ذهب جميع الخطأ، فإذن ما يصحُّ البيع فيه من الخمسة سهم وثلثان، وذلك ثلث الخمسة.

والثانية: طريقة الدينار والدرهم، نُقدِّر القفيزَ الجيِّد ديناراً ودرهماً، ونصحِّح البيع في الدينار، ويعود إليه نصفه، فتبقى المحاباة بنصف دينار، ويكون عنده درهم ونصف دينار، وهو العائد إليه، وقد أتلف الرديء، وهو نصف درهم ونصف دينار، فينقصه مما بقي للورثة، يبقى نصف درهم، يعدل بنصْف المُحَاباة، وهو دينار، فعرفنا أن الدينار نصْفُ درهم، وهو ثلث القفيز.

ولو أتلف المريض بعْضَ القفيز الرديء، كأنه أتلف نصفه، وقيمة القفيز الجيِّد عشرون، فبطريق النسبة والتقدير يقول: مالُ المريضِ عشْرُون، لكنه أتلف خمسة،

فَنَحُطُّ مِنْ ماله، يبقى خمسة عشر؛ ثلثها خمسة، والمحاباة عشرة، والخمسة نصف العشرة، فيصحُّ البيع في نصف العبد، بنصف الثمن، فيكون المحاباة بخمسة، يبقَىٰ للورثة نصْف العبد، وهو عشرة، ضعْف المحاباة.

وبطريق الدينار والدرْهَم: يجْعَلُ القفيزَ الجيِّد ديناراً ودرهماً، نصحح البيع في الدينار بمثل نصفه، يبقَىٰ درهم ونصف دينار؛ يُقضَىٰ منه الدَّين، وهو ربع دينار وربع درهم؛ لأنَّ الرديء نصْفُ دينارٍ، ونصفُ درهم، والمتلف نصف الرديء، فيبقَىٰ مع الورثة ثلاثة أَرباع درْهَم وربع دينار، يعدل ضعف المحاباة، وهو دينار، فنسقط ربع دينار بربع دينار؛ يبقَىٰ ثَلاثة أرباع درهم، يعدل ثلاثة أرباع دينار، فالدينار مثل الدرهم، فعرفنا صِحَّةَ البيع في نصْفِ القفيز بنصْفِ القفيز.

فروع أحدها: باع المريضُ قفيز حنطةٍ، قيمته خمسة عشر لأخيه، بقفيز قيمته خمسة، فمات أخوه قبله، وخلف بنتاً، وأخاه البائع، ثم مات البائع، ولا مال لَهُمَا سوى ما تصرَّفا فيه، فيصحُّ البيع في شيء من القفيز الجيد، ويُرْجَعُ بالعوض ثلث شيء؛ يبقَىٰ معه قفيز إلاَّ ثلثي شيء، فالمحاباة بثلثي شيء، ويحصل مع المشتري شيء من القفيز الجيد، والباقي من قفيزه، وهو قيمة القفيز الجيد، ثلث قفيز إلاَّ ثلث شيء، فهما معاً ثلث قفيز وثلثا شيء، يُرْجَعُ نصفه بالإرث إلَى البائع، وهو سدس قفيز وثلث شيء، فنزيده علَىٰ ما كان للبائع، فالمبلغ قفيز وسدس قفيز إلا ثلث شيء، وهذا يعدل ضعف المحاباة، وهو شيء وثلث شيء، فيُجْبَرُ ويُقابل.

فقفيز وسدس قفيز يعدل شيئاً وثلثي شيء، فنبسطها أسْدَاساً، ونقلب الاسم، فالقفيزُ عَشَرة، والشيء سبعة، فيصحُّ البيع في سبعة أعشار الجيد، وهو عشَرَةٌ ونصف، بسبعة[1] أعشار الرديء، وهو ثلاثة ونصف فتكون المحاباة بسَبْعَة، يبقَىٰ مع البائع من قفيزه أربعةٌ ونصْفٌ، وقد أخذ بالعوض ثلاثة دراهم، ونصفِ درْهَم، فالمجموع ثمانية، وللمشتري من قفيزه دِرْهَمٌ ونصف ومن القفيز الجيِّد عَشَرة ونصف، يكون اثنَيْ عشر درهماً، يُرْجَعُ نصفه إلى البائع، وهو ستة، يبلغ ما عنده أربعة عَشَر، وهي ضعْف المحاباة.

ولو كان القفيز الرديءُ بالقيمة نصْفَ الجيد، والجيد يساوي عشرين، صحَّ البيع في الجميع؛ لأنه يكون المحاباة بعَشَرة، فيبقَىٰ عنده عشرة، ويُرْجَعُ إليه بالإرث عشرة.

الثاني: باع المريض عبداً، يساوي عشرين، بعشرة، فاكتسب العبد عشْرين في يد البَائِع، أَو في يد المشتَرِي، ثم مات المريض، فإن ترك عشَرَةً سوَىٰ ثمن العبيد، نفذ

---

(١) في: ز: تسعة.

البيع في جميع للعبد، وكان الكسب للمشتري، وإن لم يملك شيئاً آخَر، بطل البيع في بعض العبد؛ لأن المحاباة لا تَخْرُجُ عن الثلث.

ثم حكى الإمامُ عن الأستاذ: أن الكسْبَ بتمامه للمشتري؛ لأنه حصل في ملكه، ثم عرض الفسخ والرد، وكان كما لو اُطَّلَعَ المشتَرِي علَىٰ عيب قديم بَعْد الكسب، فإنه يرده، ويبقى الكسب له، قال: وهذا زللٌ عظيمٌ؛ بل الوجه القطْعُ بأن الكسب تبعَّض بتبعُّض العبد، كما في العتق، وليس هذا فسخاً؛ ورداً للبيع في بعض العبد، بل نتبيَّن حصول الملك للمشتري في بَعْض العَبْد دُون البَعْض، وصحة البيع، وهذا حقٌّ؛ لكنّ الأستاذ غير مبتدىء بهذا الكلام، ولا مبدله من عند نفسه حتى يعدل عليه، وإنما رواه عن جواب ابن سُرَيْج وأكثر الأصحاب. ثم حكَىٰ عن بعضهم: أن الكَسْب كالزِّيادة الحادثة في قيمته؛ وعلَىٰ هذا: فيكون الحكْمُ التبعيض، كما في الزيادة، ولو اشترَى المريضُ عبداً، قيمته عشرة بعشرين، فاكتسب، فالكسْبُ كالزيادة في القيمة؛ لأنَّ التركة تزدَادُ به، وحكم الزيادة ما سبق.

الثالث: لو اشترى المريضُ عبداً بعَشَرة، وترك سواء بعشرين، وأوصَىٰ لرجل بعَشَرة، ثم وجد بالعبد عيباً ينقصه خمسة، فاختار إمساكه، جاز، وكأنه حاباه بخمسة. والمحاباة مقدّمة على الوصية، وللموصى له باقي الثلث، وهو خمسة، وإن وجد الورثة العَبْد معيباً، وأمسكوه، للموصَىٰ له العشرة، وما نقص بالعيب، كأنهم أتلفوه؛ لأنهم لو شاءوا لفَسَخُوا، واستردوا الثمن، ولو اشترى عبداً بثلاثين، فأعتقه، وخَلَّف ستين درهماً، ثم وجد الورثة به عَيْباً، ينقصه خمسة دراهم، رجعوا على البائع بالأرش ولو وهبه وأقبضه، لم يرجعوا؛ لأنه ربما يعود إلَيْهم، فيردوه، هذا جواب الأستاذ:

وفيه وجه آخر مشروحٌ في موضعه، ولو لم يخلف غير العبد، وكان قد أعتقه، عَتَقَ منه خمساه، وهو عشرة دراهم، يرجع الورثة بالأرش، وهو خمسة على البائع، ولهم مع ذلك ثلاثة أخماس العبد، وهي خمسة عشر؛ فتكون عشرين ضعْف المحاباة.

قال الأستاذُ: وللبائع أن يأخذ ثلاثة أخماسِ العَبْد، ويرد ثلاثة أخماس الثمن، ويُغَرَّم أرش خمسيه وهو درهمان، ولو كان قد وهبه، وأقبضه بَدَلَ الإعتاق، فالخمسةُ الناقِصَة تُحْسَبُ من الثلث؛ لأن المريض هو الذي فَوَّتَ الرجوع بالأرش بما أنشأ من الهبة، وللموهوب له خُمسه، وهو خمسة، وللورثة أربعة أخماسه وهي عشرون.

الرابع: ترك عبداً قيمته ثلاثون، وأوصى بأن يُبَاعَ من زيد بعشرة، فثلث ماله عشرة، وأوصَىٰ بأن يُحَابَىٰ بعشرين؛ فإذا لم يُجِزِ الورثة، بيع منه علَىٰ قولِ ثلثا العبد بجميع العشرة؛ لتحصُلَ له المحاباة بقَدْر الثلث؛ وللورثة ضعفه.

وعلى قَوْلِ التقسيط يُبَاعُ منه نصْف العبد بنصف الثمن، ولو أوصَىٰ مع ذلك بثلث

ماله لعمرو، فالثلث بينهما على ثَلاثَةٍ؛ لزيد سهمان، ولعمرو سهم، [قال الأستاذ: فعلَىٰ أحد القولين: يُبَاعُ من زيد خَمْسَةُ أتساع العبد، وهي ستة عشر وثلثان، عشرة][1] بالثمن، والباقي محاباةٌ بجميع العشرة، ويُدْفَعُ إلَىٰ عمرو ثلاثة وثلث، يبقى[2] عشرون للورثة، وعلى الثاني: يُبَاع ثُلُثُ العَبْد، وهو عشرة، بثلث الثمن، وهو ثلاثة وثلث، ويُدْفَعُ إلَىٰ عمرو ثلاثة وثلث، والباقي للورثة وهو عشرون.

ومن التصرُّفات التي يعتريها الدَّوْر السَّلَم، فإذا أسلم المريضُ عشرة في قَدْر من الحنطة مؤجلاً، يساوي عشرَةً، ومات قبل أن يحلَّ الأجل، فللورثة الخيار؛ إن أجازوا، فالسلم بحاله، وإن قالوا: لا نَرْضَىٰ بالأجل في محلِّ حقنا، وهو الثلثان، فلهم ذلك على ما ذكَرْنَا في بيع الأعيان، بثمن مؤجل، وحينئذ فالمُسلَّم إليه بالخيار؛ إن شاء، فسخ السَّلَم، ورد رأس المال بتمامه، وإن شاء، ردَّ ثلثي رأس المال؛ وفسخ العقد في الثلثين، وبقي الثلُثُ عليه مؤجَّلاً، وإن شاء عجَّل ثلث ما عليه، ويبقى الثلث مُؤَجَّلاً عليه، فأيهما اختار، سقط حقُّ الورثة من الفسخ.

ولو أسلم عشرة في قَدْر يساوي ثلاثين، فللورثة الخيار أيضاً مع الغِبْطة بسَبَبِ التأجيل، وللمسلم إليه الخيارُ كما ذكرنا، فيكفيه أن يعَّجل مما عليه ثلثي العشرة، وذلك تسعا ما عليه من الحنطة، فيكون الباقي عليه إلى انقضاء الأَجَلِ، وإنما كفاه تعَجِيل هذا القدر؛ لأنه يقول: عليه الأمر؛ أنه وهب مني العشرة، وأنتم رددتُّمْ تبرُّعه في ثلثيها؛ فلا يحصل لكم إلاَّ ما أعجله، ولو أسلم ثلاثين في قدر يساوي عشرة، فللورثة الاعتراضُ ها هنا من جهة التأجيل، ومن جهة أنه تبرُّع بما فوق الثلث، فإذا لم يجيزوا، فالمسلم إلَيْه بالخيار؛ إن شاء، فسخ السلم، وردَّ رأس المال، وإن شاء، فسَخه في الثلاثين، ورد ثلثي رأس المال، ويكون الباقي عليه إلَىٰ أجله، وإن شاء، عجَّلَ ما عليه؛ مع ما زاد من المحاباة على الثلث.

ولا يكْفيه تعجيلُ ما عليه ها هنا؛ لأنه يحصُلُ للورثة ثلثا المال، ولو عجَّل نصف ما عليه مع نصف رأس المال، وفسخ السلم في النصف، كفى، ولو أسلم المريض إلَىٰ رجلين ثلاثين درهماً في قفيز من الحنطَة، قيمته عشرة إلَىٰ أجل؛ ولم يجز الورثة، واختار المسلَّم إليهما إمضاء السَّلَم فيما يجوز فيه السَّلَم، فإنْ فرعنا علَىٰ أن العقد يصحُّ في بعض ما حابَىٰ فيه بقسْطِه مما يقابله، صحَّ لهما السَّلَمُ في نصْف المسلم فيه، وقيمته خمسة دراهم، بنصف رأس المال، وهو خمسة عشر؛ فتكون المحاباة بعشرة وللورثة نصْف المسلَّم فيه، وهو خمسة، ونصف رأس المال، وهو خمسة عشر، وذلك ضعْفُ

(1) سقط في: ز.

(2) في ز: ما يبقى.

المحابَاةِ فلو غاب أحدُهما بعد الاختيار، وصار مغسِراً، وتعذر تحصيل المال منه، فلابن سريج وجهان:

أحدُهما: أنهما إذا رَضِيَا بالمسلم فيما يستحقُّه الغائب من المحاباة، يُجْعَلُ كأنَّه قَبَضَهُ؛ فيدخل في حساب التبرع، وما عليه في الحال جُعل كالتالف، وكان ما في يد الحاضر كل التركة، فيصح السَّلَم في ثلاثة أعشار نصْف المسلم فيه للحاضر بثلاثة أعشار نصف الثمن، وحسابه أن يُقالَ: صحَّ السلم لهما في شيء من المسلَّم فيه بثلاثة أشياء من الدراهم، فتكون المحاباة بشيئين، فيؤدي الحاضر نصْف الشيء بشيء ونصف، ويرد باقي الدراهم التي قبضها، وهو خمسة عَشَر إلاَّ شيئاً ونصف شيء، فيضمه الورثة إلَىٰ ما أخذوا من المسلَّم فيه، فيكون خمسة عَشَر درهماً إِلاَّ شيئاً، وذلك يَعْدِلُ ضعف المحاباة، وهو أربعة أشياء، فيُجْبَرُ، ويُقَابَلُ.

فخمسة عَشَرَ تعدل خمسة أشياء، فالشيء خمسي الخمسة عشر، وهو ثلاثة، وهي ثلاثة أعشار القفيز، يؤدي الحاضر نصف ذلك، وهو ثلاثة أعشار نصف القفيز، وقيمتها درهم ونصف، بثلاثة أعشار نصف الدراهم، وهي أربعة ونصف، فتردُّ باقي النصف من الدراهم، وهي عشرة ونصْف، يضمُّه الورثة إلَىٰ ما أخذوا، يبلغ اثني عشر، وهي ضعْفُ محاباته، ومحاباة صاحبه الغائب، وكلُّ ما يحصل بالمحاباة له، يحصل صاحبه مثله.

ثم إذا حضر الغائب، وأحضر ما عليه، صحَّ لهما السلم في النصف، فيؤدي الغائب ربع القفيز، ونصف ما قبض من الدراهم، ويؤدي الحاضر تتمة الربع، ويسترد من الورثة ثلاثة دراهم.

والوجه الثاني: أنا نقدر كأن الميت [لم][1] يعامل إلاَّ الحاضر، وكأنه أسلم خمسة عشر في نصف قفيز، قيمته خمسة، فيصحُّ السلم في ربع قفيز، بنصف رأس المال، ثم إن تلف ما علَىٰ الغائِبِ، فالذي جرَىٰ ماضٍ على الصحة، وإن حضر الغائب أدَّى ربع القفيز، ونصف[2] ما قبض من الدراهم، هذا على قول التَّقْسيط.

أما إذا قلْنا: يصحُّ العقد في بعض ما حابَىٰ فيه بجميع الثمن.

قال الأستاذ: إذا اختار إمْضَاء العَقْد، صح السلم في جميع القفيز بثلثَيْ رأس المال؛ فيؤديان القفيز، ويردَّان عشرة دراهم، وإن كان أحدهما غائباً، وأجاز الحاضر، جعلت الثلث سهمين بين الحاضر والغائب، وللورثة الثلثان، يسقط سهم[3] الغائب؛

(١) سقط في: ز.

(٢) في: ب: وهو.

(٣) في: ز: أربعة يسقط سهم.

لأنه يأخذ مما عنده، ويقسم الحاضر من التركة، وهو خمسة عشر بين الورثة والحاضر على خمسة أسهم، للحاضر منها سهم؛ وهو ثلثه، وهي وصية؛ فيؤدِّىٰ نصف القفيز وقيمته خمسة بتمامه؛ ثلاثة منها محاباة، ويرد سبعة دراهم؛ فيكون للورثة نصفُ القفيز، وسبعة دراهم، وذلك اثنا عَشَرَ ضعف ما يحْصُلُ لهما من المحاباة. وعلى الوجه الأول الذي تقدَّر أن الميت لم يُعَاملْ غير الحاضر، فيؤدي نصف القفيز، ويرد خمسة دراهم.

ومنها الضمان، والإقرار، والشُّفْعَة: وقد ذكرنا مثال الدَّوْر فيها، في أبوابها، ومن صوره في الإقرار، إذا قال زيد لعمرو عليَّ عشرة، إلاَّ نصف ما على بكر، وقال بكر لعمرو: عليَّ عشرةٌ، إلا نصف ما على زيد: فعلى كلٍّ واحد من زيد، وبكر عشَرةٌ إلاَّ شيئاً، نأخذ نصف ما علَىٰ أحدهما، وهو خمسة إلاَّ نصف شيء، وذلك يعدل الشيء الناقص من العشرة، لأنا نعلم أن ما علَىٰ كل واحد منهما إذا زيد نصفه على عشرة إلاَّ شيئاً، كان المبلغ عشرةً؛ فإذن: خمسةٌ إلا نصف شيء، يعدل شيئاً، فيُجْبَرُ ويُقَابَلُ فخمسةٌ تعدل شيئاً ونصفاً، فالشيء ثلثا الخمسة، وهو ثلاثةٌ وثلُثٌ، فهي الشيء، تسقطها من العشرة، يبقى ستة وثلثان، فهي التي يجبُ علَىٰ كل واحد منهما.

ولو قال: كلُّ واحدٍ: عشرة إلا ربع ما على الآخر، قلنا: على كل واحد عشرة إلا شيئاً، نَأْخُذُ ربُعَ، ما على أحدهما، وهو درهمان ونصف، إلاَّ ربع شيء، وذلك يعدل الشيء الناقِصَ، فيُجْبَرُ، ويُقَابَلُ، فيقع درهمانِ ونصْف في معادلة شيء وربع، شيء فالشيء درهمان، يسقطهما من العَشَرَة، يبقَىٰ ثمانية، فهي التي تجبُ علَىٰ كلِّ واحد منهما.

ولو قال أحدهما: عَشَرة إلاَّ نصف ما على الآخر، وقال الآخر: عشرةٌ إلاَّ ثُلُث ما علَىٰ الآخر، فعلَىٰ أحدهما ثلاثة أشياء لذكر الثلث، يسقط ثلثها من العشرة، تبقَىٰ عشرة إلاَّ شيئاً، فهي التي على الآخر، نأخذ نصفها، وهو خمسة إلاَّ نصف شيء، فنزيدها علَىٰ ما على الآخر، وهو ثلاثة أشياء، فتكون خمسة دراهم وشيئين ونصف شيء، وذلك يعدل عشرة، يسقط الخمسة بخمسة، يبقَىٰ خمسة دراهم في معادلة شيئَيْنِ ونصف، فالشيء الواحد درهَمَان، وكان علَىٰ أحدهما ثلاثةُ أشياء، فهي ستة دراهم، وعلى الآخر عشرة إلاَّ شيئاً، فهي ثمانية.

ولو قال كلُّ واحدٍ منهما: له عشرةٌ ونصْفُ ما على الآخر، فنقول على كلِّ واحدٍ منهما عشرةٌ وشيء، ونأخذ نصْفَ ما علَىٰ أحدهما، وهو خمسة ونصف شيء، وذلك يعدل الشيء الزائد على العشرة، فيسقط نصف شيء بنصف شيء؛ يبقَىٰ نصف شيء في معادلة خمسة دراهم، فالشيء عشرة دراهم وعلى كل واحد عشرون، ولو قال كلُّ واحد: عَشَرةٌ وثلث ما على الآخر [فيزاد على العشرة نصفها تبلغ خمسة عشر فهي

الواجب على كل منهما ولو قال وربع ما على الآخر][1] فَيُزَادُ على العشرة ثلثها، ويُقَال: على كل واحد منهما ثلاثة عشر وثلث، وعلى هذا التنزيل.

ومنها الهبة، وفيها فصْلاَن:

فَصْل

إذا وهب المريض عبداً مثلاً من غيره، ثم رجع الموهوب، أو بعضه إلى الواهب بهبة، أو غيرها، دارت المسألة؛ لأن التركة تزيدُ بحَسَب قدْر الراجِع، وإذا زادتِ التركةُ، زادَتِ الثلث، وإذا زاد الثلث، زاد الراجع وزادَتِ التركة، وتضمن الفصْل مسائل.

مسألة: وهب المريضُ عبداً، فأقبضه، ثم وهبه الثاني من الأوَّل، وهو مريضٌ أيضاً، وماتا، ولا مال لهما سوَىٰ العَبْد، فبالجبر: نقول: صحَّت هبة الأوَّل في شيء من العَبْد، فبقي عبد إلاَّ شيئاً؛ وصحَّت هبة الثاني في ثلث ذلك الشيء، فيرجع إلى الأوَّل ثلث شيء، ويكون عنده عبد إلا ثلثَيْ شيء وذلك يعدل ضعف ما صحَّت هبته فيه، وهو شيئان، فبعد الجبر؛ عبد يعدل شيئين وثلثَيْ شيء، نبسطها أثلاثاً، ونقلب الاسم.

فالعبد ثمانية، والشيء ثلاثة؛ فتصحُّ هبة الأول في ثلاثة أثمان العبد، وتبطلُ في الباقي، وتصحُّ هبة الثاني في ثمن من الأثمان الثلاثة؛ فيبقَىٰ مع ورثة الثاني ثمنان، وهما ضعْف هبته، ومع ورثة الأول ستة أثمان العبد، وذلك ضعف هبته.

وبطريق السهام: تطلب عدداً له ثلث، ولثلثه ثلث؛ لمكان الهبتين، وأقلُّه تسعة، فتصحُّ هبة الأوَّل في ثلاثة، ويُرْجَعُ من الثلاثة واحد إلَىٰ الأَول، وهذا هو سهم الدَّوْر، يسقطه من التسعة، يبقَىٰ ثمانية، تصحُّ الهبة في ثلاثة منها، كما سبق، فإن كان الباقي صحيحاً، صحَّت هبة الأول في شيء من العبد؛ فيبقى عبد إلاَّ شيئاً. ثم يرجع ذلك الشيء بالهبة إلَيْه، فعنده عبْد كامل، يعدل ضعف ما صحَّت فيه الهبة، وهو شيئان، فنقلب الاسم، ونجعل العبد اثنين، والشيء واحداً؛ فتصحُّ الهبة في نصفه، ويُرْجَعُ إليه، فيكون عنده عبد تام ضعْف ما وهب ولو وهب الثاني من مريضٍ ثالثٍ، وأقبضه، ثم وهب الثالث من الأول، فتصح هبة الأول في شيْءٍ من العبد، وهبة الثاني في ثلث ذلك الشيء، وهبة الثالث في ثلث ثلاثة، وهو تُسْعٌ، فيرجع إليه تسع ذلك الشيء، يبقى معه عبد إلا ثمانية أتساع شيء، وذلك يعدل شَيْئَيْن، فبعد الجبر: عبد يعدل شيئين، وثمانية أتساع الشَّيْء.

---

(١) سقط في: ز.

فنبسطُها أتساعاً، وتقلب الاسم، فالعبد ستة وعشرون، والشيء تسعة، فتصحُّ هبة الأول في تسعة أجزاء من ستة وعشرين جزءاً من العبد، وهبة الثاني في ثلاثة منْهَا، يبقَىٰ مع ورثته ستة، هي ضعف هبة الثالِثِ في واحِدٍ، يَبْقَىٰ مع ورثته سهْمَان، وتضم جزءاً إِلَىٰ ما بقي مع ورثة الأوَّل، يكون ثمانية عشر، وهي ضعْفُ ما صحَّتْ فيه هبته.

وبالسِّهَام تطلب عدد له ثلث، ولثلثه ثلث، ولثلث ثلثه ثلث، لاجتماع الهبات الثلاث، وأقلُّه سبعةٌ وعشرون، يسقُطُ منه سهْم الدَّوْر، يبقى ستة وعشرون، علَىٰ ما ذكرنا، ولو أن المريض الثاني وهَبَهُ من المريض الأوَّل، ومن مريض ثالث معاً، ثم وهب الثالث ما صار له من الأول، ثم مَاتُوا: فتصحُّ هبة الأوَّل في شيء، يبقَىٰ عبد ناقص بشيء، ويصح هبة الثاني من ثلث الشيء، لكل واحد من الموهوب لهما سدس شيء، وتصحُّ هبة الثالث في ثلث السدس الذي صار له، وهو جزءٌ من ثمانية عشر، فَيَرْجِعُ إلى الأول من الثاني سُدُسُ، ومن الثالث ثُلُثُ سدس شيء، فيكون عنده عبد إِلاَّ أربعة عشر جزءاً من ثمانية عشر جزءاً من شيء.

وذلك يعدِلُ شيئين، فبعدَ الجَبْر، والمقابلة، والبسط بأجزاء الثمانية عشر، وقلب الاسم يكون العبد خُمْسَيْن، والشيء ثمانية عشر، فتصحُّ هبة الأول في ثمانية عشر من خمسين من العبد، وهبة الثاني في ثلثه وهو ستة، وهبة الثالث في ثلث ما صَارَ له، وهو واحد، فيُرْجَعُ إلى الأول من الثاني ثلاثة، ومن الثالث واحدٌ، يجتمع معه ستة وثلاثون، ضعف ما صحَّتْ هبته فيه.

مسألة: إذا كان للواهب شيء من التركة سوَى المَوْهُوب، كأن وهب عبداً، قيمته مائةٌ، وأقبضه، ثم وهبَهُ الموهوب منه، وهو مريضٌ أيضاً من الأول، ثم ماتا، للأول خمسون سوَى العَبْدَ.

فطريق الدينار والدرهم نقول: العبد دينارٌ ودرهمٌ تصحُّ هبة الأول في درهم، ويُرْجَعُ إليه بهبة الثاني ثُلُث درهم، يبقَىٰ معه من العبد دينارٌ، ومما سواه نصْفُ دينار، ونصف درهم، فإنه مثلُ نصف العبد، ومما رجع إليه ثلث درهم، فالمبلَغُ دينار ونصف دينار، وخمسة أسداس درهم، وذلك يعدِلُ ضعْف المحاباة، وهو درهمان، يسقط خمسة أسداس درهَم بخمسة أسداس درهم، يبقَىٰ دينار ونصف دينار في معادلة درهم وسدس درهم، فنبسطُهَا أسداساً، ونقلب الاسم.

فالدرهم تسْعةٌ، والدينار سبعة، وكان العبد درهماً وديناراً؛ فهو إِذَنْ: ستة عشر؛ تصحُّ الهبة في تسعة منها، وتُرْجَعُ إليه بالهبة الثانية ثلاثة، ومعه تركة مثلُ نصفُ العبد فالمبلغ ثمانية عشر، ضعْف التسعة، ولو كان على الواهِبِ الأوَّل دَيْن، ولا تركة سوى العَبْد، فإن كان الدَّيْن مثل العبد، أو أكثر، فالهبة باطلة، وإن كان أقل؛ بأن وهب عبداً،

قيمته مائة، وعليه عشرون ديناراً، فتصحُّ هبة الأول في شيء، ويُرْجَعُ إليه ثلث شيء، فيبقى عبد إلا ثلثي شيء، يُقْضَىٰ منه الدَّيْن، وهو خمس العبد، يبقى أربعة أخماس العبد إِلاَّ ثلثَيْ شيء، يعدل شيئين، فبعد الجبر: أربعة أخماسِ عبدٍ يَعْدِلُ شيئين، وثلثي شيء، فنبسطُهَا بأجزاء الثلُثِ، والخمس بأن نضربهما في خمسة عشر، ونقلب الاسم، فالعبد أربعون، والشيء اثنا عشر؛ تصحُّ هبة الأوَّلِ في اثني عشر، من أربعين من العبد، وتعود إليه أربعة، يبقى اثنان وثلاثون، يُقْضَىٰ منه الدين، وهو ثمانية أجزاء، مثل خمس العبد؛ يبقَىٰ أَربعة وعشْرُون، ضعْف الهبة.

ولو كان للمريضِ الثاني تركةٌ سوى العبد؛ بأن كان العبد مائةً، وللثاني خمْسُون سوى العبد، ووهب جميع ماله؛ فتصحُّ هبة الأَول في شيء من العبد، ويكون مع الثاني نصْف عبد وشيء، يُرْجَعُ ثلثه إلى الأول، وهو سدس عبد وثلث شيْء، فيجتمع عنده عبْدٌ، وسدُسُ عَبْدٍ، إلا ثلثي شيء، يعدل شيئين، فبعد الجبر عبْدٌ وسدسُ عبدٍ يعدل شيئين وثلثي شيء؛ فنبسطها أسداساً.

ونقلب الاسم، فالعبد ستة عشر، والشيء سبعة، ومع الثاني نِصْف عبد، وهو ثمانيَةٌ، [مع الشيء وهو سبعة][1] فالمبلغ خمسة عشر، يُرْجَعُ إلى الأول من هبته خمسة، فالمبلغ أربعةَ عَشَر، ضعف الهبة، ولو كانت الهبتان، كما ذكرنا، ولا شيء لهما سوَى العَبْد، وعلى الثاني خمْسَة وعشْرُون ديناراً، فيُجْعَلُ العبد ديناراً ودرهماً، وتصحُّ هبة الأول في الدراهم، ويُقْضَىٰ منه دَيْن الثاني؛ وهو ربع دينار وربع درهم؛ لأن الدَّيْن ربع العبد، فيبقَىٰ ثلاثة أرباع درهم إِلاَّ ربع دينار؛ ويعود ثلثه بالهبة الثانية إلى الأول، فيجتمع معه خمسة أسداس دينار، ونصف سدس دينار، وربع درهم، وذلك يعدل درهمين، فيَسْقُط ربع درهم بمثله، يبقَىٰ خمسة أسداس دينار، ونصف سدس دينار في معادلة درهم، وثلاثة أرباع دِرْهم.

فنبسطها بأجزاء نصف السدس، ونقلب الاسْمَ؛ فالدرهم أحد عشر، والدينار أحد وعشرون، وكانَ العَبْد ديناراً ودرهماً، فهو اثنان وثلاثون؛ يُقْضَىٰ من أحد عشر دَيْن الثاني، وهو ثمانية؛ لأنه رُبُع العبد، يبقَىٰ ثلاثة، يعود منها إلى الأول واحدٌ، يكون اثنين وعشرين ضعْف الهبة، ولو كان لكلِّ واحدٍ منهما خمسون سِوَىٰ العبد، فتصحُّ هبة الأَول في شيء من العَبْد، ومع الثاني خمسون، وهو نصْفُ عبد، فيجتمع معه نصف عبْدٍ وشيء، يُرْجَعُ ثلاثة إلى الأول، وهو ثلث عبد وثلث شيء، ومعه عبد ونصف إِلاَّ شيئاً، فالمبلغ عبد وثلثا عبد إِلاَّ ثلثي شَيْء، فبعد الجبر: عبدٌ وثلثا عبد يعدل شيئين وثلثَيْ شيء.

---

(١) سقط في: ز، أ.

فنبسطها أثلاثاً، وتقلب الاسم؛ فالعبد ثمانية، والشيء خمسة، فتصحُّ الهبة في خمسة أثمان العبد، ومع الثاني نصْف عبد، وهو أربعةٌ، فالمبلغ تسعة أَجزاء، تصحُّ هبته في ثلاثة منها، فيحْصُلُ مع الأول هذه الثلاثة الراجعة، والثلاثةُ الَّتي بقيتْ عنده نصف عبد، وهو أربعة، فالمبلغ عَشَرةٌ، ضعْف هبتِهِ.

مسألة: وهب المريض عبداً، قيمته مائة، فمات في يد المتهب، ثم مات الواهب، ولا مال له، فعن ابن سُرَيْجٍ وجهان:

أحدهما: تصحُّ الهبة في جميع العبد؛ لأنه لَمْ يَبْقَ شيء، يُورَثُ عنه، فتُجْعَلُ هبته؛ كهبة الصَّحِيحِ.

وأصحُّهما: أنها باطلة[1]؛ لأنها في معنى الوصيَّة، ولا تثبت الوصيَّة في جزء، ما لم يثبتِ الإِرْثُ في جزأين، فإن قلْنا بالبطْلاَن، ففي وجوب الضمان على المتَّهب وجهان:

وجه الوجوب أنه قبض لنفسه، فكانت يده كيد المستعير، والأشبه المنع، فليس كالمستَعِير؛ فإنه قبض ليرد، فإذا كان مضمونَ الردِّ، كان مضمون العين، فإن أوجبنا الضمان، قال الأستاذ: يضمنُ ثلثي قيمته لورثة الواهب.

وقياس بطلانِ الهبة أَنْ يضمن جميع القيمة، ولو اكتسب العبْد في يد المتهب مائة، ثم مات، فإن صحَّحنا الهبة في الجميع، فالكَسْب للمتَّهب، وإن أبْطَلْنَاها في الجميع، إذا لم يكن كَسْب، فها هنا تصحُّ الهبة في شيء من العبد، ويكون للمتَّهِب شيء من الكسب، غير محسوب علَيْه من الوصية، وللورثة باقي الكسب، وهو مائةٌ إلاَّ شيئاً يعدلُ شيئين، فبعد الجبر والمقابلة: [مائة][2] تعدلُ ثلاثة أشياء، فالشيء ثلث المائَةِ، فتصحُّ الهبة في ثُلثِ العبد، وتبطُلُ في ثلثه، ولورثةِ الواهبِ ثلثا كسبه، وذلك ضعْفُ ما صحَّت الهبة فيه، ولم يُحْسَبْ ثلثا العبد على ورثة الواهب؛ لأنه تلف قبل موت الواهب، وحسبنا على المتَّهب ما تلف من وصيته؛ لأنه تلف تحت يده.

مسألةٌ: وهب من أخيه عبداً، لا مال له سواه، فمات الأخ قبله، وخلَّف بنتاً،

---

(١) فيه أمران:
أحدهما: ما صححه هنا هو قياس ما صححه في كتاب العتق عن الصيدلاني وأنه أجاب به أبو زيد في مجالس المحمودي.
الثاني: هذا إذا تلف فأما لو أتلفه المتهب كان ضامناً بلا خلاف، ومن ثم قال في الحاوي غرم المتهب المتلف الزائد.

(٢) سقط في: ز.

وأخاه الواهب، ثم مات الواهب، فتصحُّ الهبة في شيء من العبد، ويُرجَعُ بالميراث نصفه، فالباقي عبدٌ إلاَّ نصف شيء، وذلك يعدل شيئين فيُجْبَرُ ويُقَابَلُ، فعبد يعدل شيئين ونصف شيء، فالشيء خمسا العبد؛ فتصحُّ الهبة في خمسيه، وتبطل في ثلاثة أخماسه، ويُرجَعُ بالميراث أحد الخمسين، فيحصلُ للورثة له أربعة أخماسه، وهو ضِعْفُ ما صحَّت الهبة فيه.

ولو خلف الواهب مائة درهم، سوَى العَبْد، وقيمة العبد مائةٌ أيضاً، فتصحُّ الهبة في شيء من العبد، ويُرْجَعُ بالإِرث [نصف][1] شيء ومعه مثل العبد، فيجتمع عبدان إِلاَّ نصف شيء، فبعد الجبر عَبْدَان يعدلان شَيْئَيْنِ ونصف شيء.

فنبسطُها أنصافاً، ونقلب الاسم؛ فالعبد خمسة، والشيء أربعة، تصحُّ الهبة في أربعة أخماس العبد، فيُرْجَعُ بالإرثِ خُمسان، وقد كان معه خُمس، ومثل العبد، فهي ثمانية أخماس ضعْف الهبة، ولو مات، ولا مال له سوى العبد، وعليه خمسُونَ ديناراً، فتصحُّ الهبة في شيء، ويُرْجَعُ نصف شيء، تبقَىٰ عبد إِلا نصف شيء، ويُقْضَىٰ منه الدَّيْن، وهو نصف عبد، يبقَىٰ نصف عبد إلاَّ نصف شيء، يعدل شيئين، فبعد الجبر: نصف عبد يعدلُ شيئين، ونصف شيء، فالشيء خمساً نصف عبد، فهو عشراً عبد كامل، فتصح الهبة في عُشْرَيْهِ، ويَرْجِعُ بالإرث أحدهما، يبقى عبد، إلاَّ عُشْراً، يُقضَىٰ منه الدَّيْن، وهو نصف عبد؛ يبقَىٰ أربعة أعشار عبد، ضعف الهبة.

ولو خلف المتهب مائةً، سوى العبد، فتصحُّ الهبة في شيء، فينضم إلى ما للمتهب، وهو مثل العبد، فيجتمع عبد وشيء، يُرجَعُ نصفه بالإرث، وهو نصف عبد ونصف شيء، فيحصلُ عبد ونصف عبد إلا نصْفَ شيء، يعدلُ شيئين، فبعد الجبر: عبد ونصف عبد، يعدل شيئين ونصْف شَيْء؛ فنبسطها أنصافاً، ونقلب الاسم؛ فالعبد خمسة، والشيء ثلاثة، تصح الهبة في ثلاثة أخْمَاس العبد، ومع المتهب مثل العبد، ويَرجع نصف الجملة بالإرث، وهي أربعة أخماس؛ وقد بقي مع الواهب خمسان، فالمبلغ [ستة][2] أجزاء، ضعف الهبة.

فلو مات ولا وارث له سوى الموهوب، وعليه خمسةٌ وعشرون ديناراً؛ فتصحُّ الهبة في شيء، يُقضَىٰ منه دَيْن المتهب، وهو ربع عبد؛ يبقى شيئين إلاَّ ربع؛ يُرْجَعُ نصفه بالإرْث، وهو نصف شيء إلا ثُمن عبد، فيجتمعُ سبعة أثمان عبد إِلاَّ نصف شيء، يعدل شيئين، فبعد الجبر، سبعة أثمان عَبْد يعدل شيئين ونصف شيء.

فنبسطها أثماناً، ونقلب الاسم، فالعبد عشرون، والشيْء سبعة، تصحُّ الهبة في

---

(١) سقط في: ز، أ.

(٢) في ب: ستة عشر.

سبعة أجزاء من عشرين جزءاً من العبد، يُقْضَىٰ منها دَيْن المتهب، وهو خمسة، يبقَىٰ جزءان، يُرجَعُ أحدهما بالإرْث إلى الواهب، فيجتمع أربعة عشر جزءاً، ضعْف الهبة.

ولو خلَّف كلُّ واحد منهما خمسين سوَى العبد، صحَّت الهبة في شيء؛ فيكون للمتَّهب شيء، ومثل نصف العبد، يرجع نصفه إلى الواهب [وهو][1] نصف شيء وربع عبد، فيجتمع مَعه عَبْدٌ وثلاثة أرباع عبد، تعدلُ شيئين إلاَّ نصف شيء، يعدل شيئين، فبعد الجَبْر: عبدٌ وثلاثةُ أرباع يعدلُ شيئين ونصف شيء، فنبسطُها أرباعاً، ونقلب الاسم؛ فالعبد عشرة، والشَّيْء سبْعَة، فتصحُّ الهبة في سبعة أعشار، مثل خمسة أعشاره، فهي اثنا عشر جزءاً، يُرْجَعُ نصفها إلى الواهِبِ، وقد بَقِيَ معه ثلاثة أعشار، ومثل خمسة أعشار، فالمبلغ أربعةَ عَشَرَ جزءاً، ضعْف الهبة.

مسألَةٌ: أخٌ وأختٌ مريضان، وَهَبَ كلُّ واحد منهما من الآخر عبداً لا يملكُ غيره، وهما متساويا القيمة، ثم مات الأخ، وخلَّف بنتين، والأخت الواهبة، أو ماتتِ الأختُ، وخلَّفت زوجاً، والأخَ الواهبَ، فإن ماتت الأختُ أولاً، صارتْ هبتها للأخ وصيَّةً لوارث، وأما هبة الأخ فتصحُّ في شيء، ويُرْجَعُ إلَيْه بالإرث نصف شيء مع نصف العبد الذي كَانَ لَهَا، فيجتمع لورثته عبدٌ ونصفُ عبدٍ إلا نصْف شيء، وذلك يعدلُ شيئين، فبعد الجَبْر عبدٌ ونصفُ عبْدٍ يعدل شيئين ونصْف شيء، فنبسطها أنصافاً، ونقلب الاسم؛ فالعبد خمسة، والشيء ثلاثَةٌ، تصحُّ الهبة في ثلاثة أخماس العبد، ويُرْجَعُ إليه بالإرث، نصْفُها ونصف العبد الذي لها، وهو أربعةُ أخماس، فينضم إلى الخمسين الباقيين له، فيكون ستة أجزاء ضعْف الهبة.

ولو مات الأخُ أولاً، صارتْ هبته للأخت وصية لوارث، وتصحُّ هبة الأخت في شيء من العبد، ويُرْجَعُ إليها ثلثها مع ثلث العبد الَّذِي كان له، فيجتمع لورثَتِها عبدٌ وثُلُثُ عبد، إلا ثُلُثَيْ شيء، يعدل شيئين، فَبَعْدَ الجبر: عبدٌ وثلثُ عبدٍ يعدلُ شيئين وثلثَيْ شيء؛ فنبسطُهَا أثلاثاً، ونقلب الاسْم، فالعبد ثمانية، والشيء أربعة، وهي نصْفها، فتصحُّ الهبة في نصف العبد، وتنضمُّ إلَىٰ ماله، وهو عبد؛ فالمبلغ عبد ونصف، يعود ثلثها إلى الأخت، وهو نصْفُ عبد، فيجتمع لورثتها عبْدٌ، ضعف الهبة، ولو عمي موتهما، ولم يرث واحدٌ منهما من الآخَر، صحَّت هبة كلِّ واحدٍ منهما في نصْف عبْدِهِ.

مسألَةٌ: وهب مائة لاَ يَمْلِكُ غيرها من زوجته، وأقبضها، وأوصَتْ هي بثلث مالها، ثم ماتَتْ قبل الزوج، فتصحُّ هبته في شيء من المال، وتصحُّ وصيتها في ثلث

---

(١) سقط في: ز.

ذلك الشيء، ويُرْجَعُ إلى الزوج بالإرْث نصف الباقي، وهو ثلث شيء، فيحصُلُ عند الزوج مائة إلا ثلثَيْ شيء، وذلك يَعْدِلُ شيئين، فبعد الجبر مائة، تعدل شيئين وثلثَيْ شيء.

فنبسطُها أثلاثاً، وتقلب الاسم، فالمائة ثمانية، والشيء ثلاثة، فتصحُّ الهبة في ثلاثة أثمان المائة، وتصِحُّ الوصية في ثمن، ويُرْجَعُ بالإرث ثمن إلى الزوج، فيحصل عند ورثته ستة أثمان، وهي ضعفُ الهبة ولو أنَّ الزوج بعد الهبة [أوصى][1] بثلث مالِهِ لإنسانٍ، فالهبة لو لم تكنْ وصيَّة، تصحُّ في خمس المائة؛ لأنها تصحُّ في شيء، ويُرْجَعُ إلى الزوج نصْفه، يبقَىٰ مائة إلاَّ نصف شيء، يعدل شيئين، فبعد الجَبْر: مائةٌ تعدلُ شيئين ونصف شيء، فالشيء خمسا المائة، ويُرجَعُ إلى الزوج أحدهما، فيجتمع له أربعةُ أخماسها، وهي ثمانون، فإذا جرت الوصيةُ، فعن ابن سُرَيْج: أنه يُصْرَفُ إلى الوصية من الثمانين تتِمَّة ثلث المائة، فيكون لورثة الزوج ستةٌ وستون وثلثان، وللموصَىٰ له ثلاثةَ عَشَرَ وثلث، ولغير الزوج من ورثة الزَّوْجَة عشرُون.

وقال الأستاذ أبو منصور: هذا غَلَطٌ؛ لأنَّ الهبة المقبوضة مقدَّمة على الوصية، وقد استغرقت الهبَةُ الثلث، والوصية بعد استغراق الثلث باطلةٌ، فكأنه لا وصيَّة.

قال إمام الحَرَمَيْنِ: وليس قول ابنِ سُرَيْج مع هذا استدراكاً ساقطاً عندي؛ لأنه أوصَىٰ بثلثٍ مرسَلٍ، والاعتبار في الوصايَا بمَالِهَا، وإذا استقرَّتْ له أربعةُ أخماسِ المال أجزاء، لم يبْعد تنفيذُ الوصية فيما يبقَىٰ من الثلث بعد الهبة، وإن لم يزاحم الهبة. ولو وهب المريض عبداً من مريض، وأقبضه، ثم وهب الثاني من الأول وأقبضه، ولا مال لهما غيره، ثم أعتقه الأول، وماتا؛ قال ابن سُرَيْج: المسألة تصحُّ من أربعة وعشرين، لورثة الواهب الأول ثلثاه، ولورثة الثاني ربعه، ويُعتَق منه باقي الثلث، وهو نصف سدسه. قال الأستاذ: هذا خطأٌ عند حُذَّاقِ الأصحاب، والعتق باطلٌ؛ لأنه قدّم الهبة على العتق، وهي تستغرقُ الثلث، وإذا بطَلَ العتْقُ، صحَّت هبة الأول في ثلاثة أثمان العبد، ويُرْجَعُ إليه بالهبة الثانية ثمنه، فيجتمع عند ورثته ستة أثمان، وهي ضعف الهبة.

وصوَّب الإمام ابن سُرَيْجٍ، فقال: إذا اجتمع للأوَّلِ ستة أثمانه، ثم أعتق، فتنفيذ العتق في تمام الثلث لاَ يَنْقُصُ حقّ ورثته عن الثلثين، ولا حتى الموهوب له، فيتعيَّن المصيرُ الَيْه؛ وحينئذٍ: فلا بد من تعديل الثلث والثلثين، ورعاية الأثمان، فنضرب ثلاثة في ثمانية، تبلغ أربعة وعشرين، كما ذكره، نَعَمْ، لو أعتقه قبل هبة الثانِي، ثم وهب الثاني، فهذا عتق لا يُصَادِف محلاً، فيلغوا إلا أن يحتمل الوقف.

---

(١) سقط في: ز.

فَرْعَانِ: أحدهما: وَهَبَ المريضُ من أخيه عبداً قيمته مائة فاكتسب في يده خمسين، ثم مات المتهب، وخلَّف بنتين، وأخاه الواهب، ثم مات الواهب، فتصحُّ الهبة في شيء من العَبْد، ويتبعه، من الكسب مثل نصفه، وهو نصف شيء؛ يبقَىٰ لورثة الواهب عبدٌ إلا شيئاً، ومن كسبه نصْف عبد إلاَّ نصْفَ شيء، يَرْجِعُ إليهم بالإِرث ثلث ما حَصَل للمتَّهِب، وهو نصف شيء، فالمبلغ عبد ونصف إلا شيئاً، يعدل شيئين؛ فبعد الجبر: عبدٌ ونصفٌ يعدلُ ثلاثة أشياء؛ فالشيء نصف العَبْد؛ تصح الهبة في نصف العبد، ويتبعه من الكسب نصفه، وهو قدر ربع عبد غير محسوب عليه، فجملة ما يحصُلُ للمتهب ثلاثة أرباع عبد، يبقَىٰ لورثة الواهب نصْف عبد ويتبعه من الكسب نصْفُه، وهو ربع عبد، ويُرْجِعُ إليهم بالإرث، وثلث ما للمتهب وهو ربع عَبْدٍ، فالمبلغ عبد تَامٌّ ضعف الهبَةِ.

والثاني: في زيادة الموهوب، ونقصانه كالزيادة والنقصان في العبد المُعْتَقِ، لكنْ ما يُحْسَبُ هناك للعَبْد المعتق أو عليه، تُحْسَبُ ها هنا للمتهب أو علَيْه، وما يُحْسَبُ على ورثة المُعْتَقِ، يَحْسَبُ ها هنا على ورثة الواهب، وسنوضِّحه في «العتق».

فرْعٌ ثَالِثٌ: وُهِبَ المريضُ من أخيه عبد، ثم وهب المَتهب منه نصف العبد، وهو صحيح، ومات قبل المريض، وخلَّف بنتاً وأخاه الواهب، ففيه قولان:

أصحهما: عند الأُستاذ أبي منصور: أن هِبَةَ الثَّانِي تنْحَصِرُ فيما ملكه بهبة الأول، وتصحُّ في جميعه، والحساب أن هبة المريض تصحُّ في شيء، ويُرْجَعُ بالهبة الثانية ذلك الشيء كله؛ لأن الواهب الثاني صحيحٌ، فيكون معه عبدٌ يعدلُ شيئين، فالشيء نصف عبد؛ فتصحُّ الهبة في نصف العبد، ثم يُرْجَعَ إِليه، فيكون لورثته عبدٌ تامٌّ ضعف الهبة.

والقوْلُ الثَّانِي: أنها تشيع لمصادفتها ما ملك، وما لم يملك، فتصحُّ في نصف ما ملك، والحساب أن هبة المريض تصحُّ في شيء من العبد، ويُرْجَعُ بهبة الثاني نصف ذلك الشيء، ثم يُرْجَعُ بالإِرث نصف ما بقي، وهو ثلاثة أرباع شيء، يبقَىٰ عبدُ إلا ربعَ شيْءٍ، يعدلُ شيئين، فبعد الجبر: يعدل شيئين وربْعَ شيء، فنبسطُها أرباعاً، ونقلِبُ الاسم؛ فالعبد تسعة، والشيء أربعة، فتصح الهبةُ في أربعة أَتساع العبد، ويُرْجَعُ إِلَيْه بالهبة تُسْعَان، وبالإِرث تسع آخر، فيجتمع عند ورثته ثمانيةُ أتساعٍ، ضعْف الهبة.

ولو كانت الصورةُ بحالها، إلاَّ أن الثاني وُهِبَ من الأول ثلُثَ العبد، فعلى القول الأول؛ تصحُّ الهبة في شيء من العبد، ويَرْجِعُ إليه من ذلك الشيء ثُلُث عبد، بالهبة، فيحْصُلُ عبد وثلث عبْدٍ إلا شيئاً، ويبقَىٰ للمتهب شيء إلاَّ ثُلُثَ عبْدٍ، ويَرْجِعُ نصفه بالإرث، وهو نصف شيء إلاَّ سدُسَ عبد، فالحاصل وعنده عبْدٌ وسدسُ عبْد إلاَّ نصفَ شيء، يعدلُ شيئين، فيُجْبَرُ ويُقابَل؛ فعبد وسدس عبد يعدلُ شيئين ونصْفَ شيء،

فنبسطُها أسداساً، ونقلب الاسم؛ فالعبد خمسة عشر، والشيء سبعة، وتصحُّ الهبة في سبعة من خمسة عشر، ويَرْجِعُ بالهبة ثلثُ العبد، وهو خمسة، وبالإرث سهم آخر، وقَدْ كَانَ بقي عنده ثمانية، فالمبلغ أربعةَ عَشَرَ، ضعْف ما صحَّت فيه الهبة، وعلى القول الثاني؛ تصحُّ الهبة في شيء من العبد، ويَرْجِعُ بالهبة مثلُ ثلثه، ثم يَرْجِعُ نصف الباقي، فجملة الراجح ثلثا شيء؛ يبقَىٰ عبد إلا ثُلُثَ شيء، يعدلُ شيئين، فبعد الجبر: يعدل شيئين وثلُثَ شيء، فنبسطها أثلاثاً، ونقلب الاسم، فالعبد سبعة، والشيء ثلاثة؛ تصحُّ الهبة في ثلاثة أسباع العبد، ويَرجِعُ منها سبع بالهبة، وسبع بالإرث، فيجتمع ستة أسباعٍ، ضعْفَ الهبة.

فَصْلٌ

فيما إذا وُطِئَتِ الجاريةُ الموهوبةُ وَطْئاً يوجب المهر

إنْ وطئها أجنبيٌّ بالشبهة قبل موت الواهب، فالمهر كالكسب، يُقَسَّمُ على ما يَصِحُّ فيه الهبة، وعلَىٰ ما لا يصح، فحصَّةُ ما تصح فيه الهبة لا يُحْسَبُ على المتَّهِب، وحصة ما لا تصحُّ فيه الهبة تُحْسَبُ على ورثة الوَاهِب.

وإن وَطِئها الواهب في يد المتَّهب، ومهرها مثل قيمتها، فتصحُّ الهبة في شيء، ويستحقُّ المتهب على الواهب مثْل ذلك الشيء من المهر، فيقضي مما بقي، يبقى جاريةٌ إلا شيئَيْن، يعدل شيئين، فبعد الجبر [جارية][1] تعدل أربعة أشياء، فالشيء ربع الجارية، وتصحُّ الهبة في ربع الجارية، وثبت على الواهب مثل رُبُعِها، يُقْضَىٰ من الجارية، يبقَىٰ مع الورثة نصْفُها، وهو ضعف الموهوب.

فإنْ وطئها المتَّهب، ومهْرُ مثلها مثلُ قيمتها، فتصحُّ الهبة في شيء، وتبطُلُ في جارية سوى شيء، وثبت للواهب على المتَّهب مثلُ ما بطَلَتْ فيه الهبة، وهو جاريةٌ إلا شيئاً، فيحصُلُ له جاريتان إلاَّ شيئين [يعدلان شيئين][2] فبعد الجبر: جارِيَتَان تعدلان أربعة أشياء، فالشيء نصف جارية؛ فتصحُّ الهبة في نصفها، ويستحق بالوطء مثلُ نصفها، فيحصل للورثة جاريةٌ تامةٌ، وهي ضعفُ الموهوب.

وإن كان مَهْرُ مثلها نصْفَ قيمتها، فتصحُّ الهبة في شيء، وتبطُلُ في جارية سوَىٰ شيء، ويستحق الواهب على المتَّهب مثْل نصْف ما بَطَلَتْ فيه الهبة، وهو نصف جارية إلاَّ نصف شيء، فيجتمع عند الواهب جاريةٌ ونصْف إلا شيئاً، ونصف شيء، يعدل شيئين، فبعد الجبر: جاريةٌ ونصف تعدلُ ثلاثة أشياء ونصفاً؛ فنبسطها أنصافاً، ونقلب

---

(١) سقط في: ز.
(٢) سقط في: ز.

الاسم، فالجارية سبعةٌ، والشيء ثلاثةٌ؛ تصحُّ الهبة في ثلاثة أسباع الجارية، وتبطُلُ في أربعة أسباعها، ويُغرَّم المتهب منَ مهرها مثل سُبُعَيْ قيمتها، فيجتمع مع ورثة الواهب ستة أسباعها، ضعْف الموهوب.

وإنْ وطئِها الواهِبُ والمتهب جميعاً، ومهرها مثل قيمتها، فتصحُّ الهبة في شيء، ويثبت للمتهب على الواهِب مثل ذلك الشيء؛ يبقَىٰ جارية إلا شيئين، يثبت للواهِبِ على المتَّهب مثْلُ ما بطَلَتْ فيه الهبة، وهو جاريةٌ إلا شيئاً، فتضم إلَىٰ ما يبقَىٰ للواهب، يبلغ جاريتين إلاَّ ثلاثة أشياء، وذلك يعدل شيئين، فبعد الجبر: جاريتانِ يَعْدِلاَنِ خمسة أشياء؛ فالشيء خمس الجاريتين، وهو خمسا جارية، فتصحُّ الهبة في خمسها، ويثبت للمتهب على الواهب خمسان آخران، فالمبلغ أربعة أخماس، ثم يسترجع الواهب مثْلَ ما بطلت فيه الهبة، وهو ثلاثة أخماس، فيجتمع لورثته أربعة أخماسٍ، وهو ضعف الموهوب.

ولو كان مهرها نصف قيمتها، تصحُّ الهبة في ثلاثة أثمانها، وتبطل في خمسة أثمانها، وثبت للمتهب على الواهب ثمن ونصف ثمن، فيجتمع له أربعة أثمان ونصف ثمن، ثم يسترجع الواهب نصف ما بطلت فيه الهبة، وهو ثمنان[1] ونصف، فيجتمع لورثته ستة أثمان، ضعْف الموهوب.

ومنها: الصدَاقُ والخُلْع وقد مَرَّ أنَّ المريض إذا نَكَح بمَهْر المثل، جُعِلَ ذلك من رأس المَالِ، وإن نكح بأكثر، فالزيادة من الثلث، وإن كانت وارثة، فالتبرُّع على الوارث، وذكرنا أنه، إنْ ماتت الزوجةُ قبله، وورثها الزوجُ، وقع الدَّوْر؛ لأنه لا يرث منْها؛ فنزيد بالدَّوْر، وإذا زاد ماله، زاد ما ينفذ فيه التبرُّع؛ وإذا زاد ذلك، زاد ما يرث منها، إذا تذَّكرت ذلك، فَفِي الفصل مسائل:

إحداها: أصدقَ المرأةَ مائةً، ومَهْرُ مثلِها أربعون، فماتَتْ قبله، ولا مال لهما سوى الصَّدَاق، فلها مهر مثلها أربَعُون من رأس المال، ولها شيء بالمحاباة، فيبقَىٰ مع الزوج ستُّون إلا شيئاً، ويَرْجِعُ إليه بالإرث نصف ما للمرأة، وهو عشرون، ونصفُ شيء، فالمبلغ ثمانون إلا نصْفَ شيء، يعدل شيئين، ضعْفَ المحاباة، فبعد الجبر: يعدلُ ثمانونَ شَيْئَيْنِ ونصف شيء؛ فالشيء خمسا الثمانين، وهو اثنان وثلاثون، فلها اثنان وسبعون؛ أربعون مهْرُ مثْلٍ، والباقي محاباة، يبقى مع الزوج ثمانيةٌ وعشرون، ويُرْجَعُ إليه بالإرث ستة وثلاثون؛ فيجتمع لورثته أربع وستون، ضعْفَ المحاباة.

فإن كان لها ولدٌ، فالراجعُ إليه بالإرث رُبُعُ مالِهَا، وهو عشرة، ورُبُعُ شيء، ؛

---

(١) في ز: ثمان.

فيحصلُ للزوج سبعة إلا[١] ثلاثةَ أرباعِ شيء، وذلك يعدل شيئين؛ فبعد الجبر؛ سبعون تعدل شيئين وثلاثة أرباع شيء، فنبسطُها أرباعاً، فيكون الدرهم مائتين وثمانين، والأشياء أحد عشر، تُقَسَّم الدراهم على الأشياء، يخرج من القسمة خمسة وعشرون، وخمسة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم، فهذا قدر المحاباة، فيكون لها بالمَهْر والمحاباة خَمْسة وستون درهماً وخمسة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم، يُرْجَعُ إلى الزوج ربع ذلك، وهو ستة عشر درهماً، وأربعة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم [فيجتمع مع ورثته خمسون درهماً وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم][٢] وذلك ضعْفُ المحاباة.

ولو كانت الصورةُ بحالها، وعلَى الزوْج عشرةُ دراهمَ دينار، فإن ورث منها النصف، فلها أربعون من رأس المال، ولها بالمحاباة شيءٌ يبقَىٰ للزوج ستون إلاَّ شيئاً، فيرجع إليه بالإرث نصف مالها، وهو عشرون، ونصف شيء، فالمبلغ ثمانون إلاَّ نصفَ شيءٍ، يُقضَىٰ منه دَيْنه، وهو عشرة؛ يبقَىٰ سبعون إلاَّ نصف شيء، يعدل شيئين، فبعد الجبر؛ سبعون تَعْدِل شيئين ونصف شيء، فالشيء خمسا السبعين، وهو ثمانية وعشرون، فهو المحاباة، فلها بالمهر والمحاباةِ ثمانيةٌ وستون، يَرْجِعُ إليه نصفه، أربعة وثلاثون، وكان قد بَقِيَ له اثنان وثلاثون، فالمبلغ ستة وستون؛ يُقضَىٰ منه عشرة، يبقَىٰ ستة وخمسون، نصف المحاباة.

وإن ورث منها الربع، فالراجِعُ بالإرث رُبُعُ مالها، وهو عشرة وربُعُ شيء، فالمبلغُ سبْعُون إلاَّ ثلاثة أرباع شيء؛ يُقْضَىٰ منها الدَّين؛ يبقَىٰ ستون إلاَّ ثلاثة أرباع شيء، تعدِلُ شيئين، فبعد الجَبْر: ستون تعدل شيئين وثلاثة أَرباع شيء، نبسطُها أَرباعاً، فالدراهمُ مائتان وأربعون، والأشياء أحدَ عَشَرَ، يقسَّم الدراهم على الأَشياء، يخرج من القسمة واحد وعشرون، وتسعة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم؛ فهو محاباة، فلها إذن بالمهر والمحاباة أحدٌ وستون درهماً وتسعة أَجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم، يَرْجِعُ إلى الزَّوْج ربعه، وهو خمسة عشر وخمسة أجزاء.

وكان قد بَقِيَ له ثمانية وثلاثون درهماً وجزءان من أحد عشر جزءاً، فالمبلغ ثلاثةٌ وخمسون، وسبعةُ أجزاءٍ من أحد عشر جزءاً، يُقْضَىٰ منها الدَّيْن عَشَرة، يبقى ثلاثةٌ وأربعون درهماً وسبعة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم، وذلك ضعْف المُحَابَاةِ.

ولو كانت بحالها، وعلَىٰ المرأة عشرَةُ دراهِمَ دَيْناً، ولا شيء على الزَّوْج، فلها أربَعُون من رأس المال، ولها بالمحاباة شيء، فذلك أربعُونَ وشيء، يَقْتَضِي منها

---

(١) في ز: سبعون.

(٢) سقط في: ز.

الدَّيْن، يبقَىٰ ثلاثون وشيء، للزوج نصفُه إذا اقتضى الحالُ النصْف، وهو خمسة عشر، ونصف شيء، فيكون له خمسة وسبعونَ إلاَّ نصف شيء، وذلك يعدِلُ شيئين، فبعد الجبر: خمسةٌ وسبْعُون تعْدل شيئين ونصف شيء، فالشيء خمسا الخمسة والسبعين، وهو ثلاثون، فهو المحاباة، ولها بالمهر والمحاباة سبْعُون، يُقضَىٰ منها الدَّينُ عشرة، يبقَىٰ ستون، يَرْجِعُ نصفها إِلى الزوج، وهو ثلاثون، وقدْ كان بَقِيَ له ثلاثون، فالمبلغ ستُّونَ، ضعْف المحاباة.

ولو كانت بحالها، وعلَىٰ كلٍّ واحدٍ منهما عشرةٌ دَيْناً، فلها أربعون، ولها بالمحَابَاة شيء، فيقضي من ذلك دَيْنها؛ يبقَىٰ ثلاثون وشيء، ويَرْجِعُ بالإرث نصفُهُ إِلَىٰ الزوج، وهو خمسة عَشَرَ ونصْفُ شيء، فيحصُلُ له خمسة وسبعون إلاَّ نصف شيء، يُقْضَىٰ منها دَيْنه؛ يبقَىٰ خمسة وستون إلا نصف شيء، وذلك يعدِلُ شيئين، فبعد الجبر: خمسة وستون تَعْدِلُ شيئين وَنِصْفَ شيء، فالشيء خمسا الخمسة والستين، وهو ستة وعشرون، فهُوَ المحاباة، ولها بالوجهين ستة وستون؛ ويُقْضَىٰ منها دينها، يبقَىٰ ستة وخمسون، يُرْجَعُ نصفه إِلى الزوج، يبقَىٰ ثمانية وعشرون، وكان قد بَقِيَ له أربعة وثلاثون، فالمبلغ اثنان وستون، يُقضَىٰ منها الدَّين، يبقَىٰ اثنان وخمسون، ضعْفَ المحاباة، وهذا كلُّه فيما إذا لم يكن لهما شيء سِوَى الصداق.

فإن كانت الصورة بحالها، وخلف الزوج سوى الصداق مائَةَ دِرْهَمٍ، ولا دَيْن، نَفَذَت المحاباةُ بالشَّيْئَيْنِ؛ لخروجها من الثلث، ولذلك لو ملك سبعين سوَى الصداق؛ لا يملك المائة بالمهر والمحاباة، ويَرْجِعُ إِليه بالإِرْث خمسون، فيجتمع لورثة الزوْج مائةٌ وعشرون، ضِعْفَ المحاباة.

فإن كان لها ولد، لم تنفذ المحاباة كلُّها، ولكن لها أربَعُون، ولها بالمحاباة شيء، يبقى للزوج ستون إلاَّ شيئاً، ويرجع إِلَيْه بالإِرثَ عَشَرة إلاَّ ربع شيء، وله سبعون سوى الصَّداقِ، فالمبلغ مائة وأَربعون إلاَّ ثلاثة أَرباع شيء، يعدلُ شيئين، فبعد الجبر: مائة وأربعون تعدل شيئين، وثلاثة أرباع شيء، فنبسطها أَرباعاً، بالدَّرَاهم خمسمائة وستون، والأشياء أحد عشر، تقسَّم الدراهم على الأشياء، يخرج من القسمة خمسون درهماً وعشرة أجزاء من أَحد عشر جزءاً من درهم، وهو المحاباة، فإذن لها بالمهر والمحاباة تِسْعُون درهماً وعَشَرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم، يبقى [مع الزوج][1] تسعةُ دراهم وجزءٌ من أحد عشر جزءاً من درهم، وسبعون سوى الصَّداق، يَرْجِعُ إليه بالإِرْث اثْنان وعشرُون درهماً وثمانية أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم،

(١) سقط في: ز.

فالمبلغ مائةُ دراهِمَ، وثمانية أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم، وذلك ضعْفُ المحاباة. وإن خلفت المرأة شيئاً دون الزوج، فإنْ كان ما خلفته قدراً، إذا ضُمَّ إليه الصدَاق، كان الراجع إلى الزوج ضعْفَ المحاباة، نفذت المحاباةُ بتمامِهَا، وإلا، لم تنفذ بتمامها.

مثاله: إذا كان ما خلفته في الصورة المذكورة عَشَرَةَ دراهم، فلها أربعُون من رأس المال، وشيء بالمحاباة، والعشرة المخلفة، فجملتها خمسون درهماً وشيء، فإذا اقتضى الحَالُ رجوع النصف إِلَى الزوج، فجملة ما يحصُلُ له خمسة وثمانون إلاَّ نصف شيء، يعدل شيئين، فبعد الجبر: يظهر أن الشيء خُمسا خمسة وثمانين، وهو أربعة وثلاثون، فلها أربعة وسبعون من الصداق، والعشرة المخلفة، يُرْجِعُ نصف المبلغ إلى الزوج، وهو اثنان وأربعون، وكان قد بقي له ستة وعشرون، فالمبلغ ثمانيةُ وستون، ضعْفَ المحاباة.

وإن خلَّف كلّ واحد منهما عشرَةً سوى الصداق، فمبلغ مالها خمسونَ وشَيْء، يَرْجِعُ إِلى الزوج نصْفُه، وهو خمسة وعشرون ونصف شيء، وله عشرة سوى الصداق، وستون إلا شيئاً من الصداق، فالمبلغ خمسةٌ وتِسْعُون إلاَّ نصْفَ شيء، يعدل شيئين، فبعد الجبر، الشيء خُمساً خمسة وتسعين، وهو ثمانية وثلاثون، فلها من الصداق ثمانية وسبعون، ولها عشرة سوى الصداق، يُرْجِعُ نُصف المبلغ بالإرث، وهو أربعة وأربعون، فله من باقي الصداق اثنان وعشرون، وعشرة سوى الصداق، فالمبلغ ستةٌ وسبْعُون، ضعْفَ المحاباة.

فَرْعٌ: وصية الزوج، أو الزوجة، أو كليهما بثلث المال، كدَيْنٍ عليهما، أو علَىٰ أحدهما، وقياس الحساب ما ذكرنا.

المسألة الثانية: أعتق المريضُ جاريةً، ونكَحَهَا علَىٰ مهرٍ مسمّىً، نُظِر: إن لم يملك غيرها، فالنكاحُ باطلٌ؛ لأنه لا يعتق جميعها، والنكاحُ والمِلْك لا يجتمعان، ثم إن لم يدخل بها، فلا مَهْرَ لها، وإن دخل فالوطء وطء شبهة، فلها من المهر بقسط ما عتق منها، ويَقَعُ فيه الدَّوْر؛ لأَنَّ القَدْرَ الذي يلزمه من المَهْر كدَيْنٍ يلحق التركة، فيوجب نقصان ما عَتَق، وإذا نقص ما عتق، نقص ما يلزم من المهر، وإذا نقص ما يلزم، زاد ما يعتق.

فإذا كانت قيمتُها مائةً، والمهرُ خمسين، فيعتق منها شيء، ولها بالمهر نصْفُ شيء؛ لأن المهر نصْفُ القيمة، تبقَىٰ جاريةٌ إلا شيئاً ونصْفَ شيء، يعدل شيئين، فبعد الجبر، جاريةٌ تعدلُ ثلاثة أشياء، ونصْفَ شيء، فالشيء سبعاً الجارية، فينفذ العتق في سبعيها، ويبطُلُ في خمسة أسباعها، فيصرفُ سبعٌ منها إلى مهر السبعين، يبقَىٰ للورثة أربعةُ أسباعها، ضعْفَ ما عَتَقَ به؛ ثم السبع المصروفُ إلى المَهْر، إن رضيت به بدلاً عما لها من المهر، فذاك، ويعتق عليها حين ملكته، لا بالإعتاق الأول، وإن أبت بيْع سُبْعِهَا في مهرها هذا إذَا لم يملك غَيرها.

وإن ملك مالاً آخر، وكانت الجاريةُ قَدْرَ الثلث؛ بأن خلف مائتين سواها، فإن لم يدخلْ بها، فلا مهر لها؛ لأنها لو استحقَّت المهر للحق دين بالتركة، وحينئذ: فلا يخْرُج جميعُها من الثلث، وإذا لم يخرج جميعها من الثلث، بَطَلَ النكاح، فيسقُطُ المهر، وهذه الحالة من أحوال المسألة مذكورةٌ في الكتاب في «باب النكاح».

وإن دخلَ بها، قال الشيخ أبو علي: تُخَيَّرُ: إن عفت عن مهرها، عتقت، وصحَّ النكاح، وإن لم تَعْفُ، فلها ذلك؛ لأنه أتلف منفعةَ بُضْعِهَا؛ وحينئذٍ يتبين أن جميعها لم يُعْتَقْ، وأن النكاح فاسدٌ، ولها مهرها ما عتق منها، وطريقُ استخراجه أن يُقَالَ: عَتَقَ منها شيءٌ، ولها بالمهر نصْفُ شيء، يبقى للورثة ثلاثمائة إلاَّ شيئاً ونصْفَ شيء، يعدل شيئين، فبعد الجبر: ثلاثمائة تعدلُ ثلاثة أشياء ونصْفَ شيء، فمائةٌ تَعْدِلُ شيئاً وسدُسَ شيء، نبسُطُها أسداساً، ونقلبُ الاسم، فالشيء ستة، والمائةُ سبعة، فالشيء ستة أسباعِ الجارِيَةِ.

الثالثةُ: سبق القولُ في أنَّ خلع المريض [بأقل من مهر المثل][1] لا يُعْتَبَرُ من الثلث، وأن المريضةَ لو نُكِحَتْ بأقلَّ من مهر المثل، جاز، ولا اعتراض للورثة، إذا لم يكن الزوج وارثاً وسيأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ في الخُلْع: أن المريضة، لو اختلعت بأكثر من مهر المثل، كانت الزيادة معتبرةً من الثلث، إذا تمهد ذلك.

فلو نكح في مرضه امرأةً بمائة، ومهرها أربعون درهماً، ثم خالَعَتْهُ في مرضها بمائة، وماتا من مرضهما، ولا مال لهما إلاَّ مائة، فإما أن يكون الخُلْع بعد الدخول، أو قَبْلَه:

الحالة الأولى: إذا كان بعد الدخول، فللمرأة أربعون من رأس المال، ولها شيء بالمحاباة، ثم يَرْجِعُ إلى الزوج أربعون بالخُلْع، فله ثلث شيءٍ بالمحاباة، فيحصُلُ لورثة الزوج مائة إلا ثلثي شيء، يعدل شيئين، فبعد الجبر: مائةٌ تعدل شيئين وثلثَيْ شيء، فالشيءُ ثلاثةُ أثمان المائة، وهو سبعةٌ وثلاثون درهماً ونصْف درهم، وهي المحاباة فللمرأة بالمهر والمحاباة سبعةٌ وسبعون درهماً ونصْفُ درهم، ثم يأخذ الزوج من ذلك أربعينَ درهماً بِعَوَضِ الخلع، وبالمحاباة ثلث الباقي، وهو اثنا عشر ونصْف، وكان قد بَقِيَ له اثنان وعشرُون ونصْف، فالمبلغ خمسةٌ وسبعُون، ضعْفَ المحاباة.

هذا إذا جرى الخُلْع بمائة في ذمتها، أما إذا جرى بعين المائة التي أصدقها، فقد خالَعَهَا على مملوك، وغير مملوك.

قال الأستاذ أبو منصور جواباً على أن المسمَّىٰ يبْطُلُ، ويرجع إلَىٰ مهر المثل: لها

---

(١) سقط في: ز.

أربعون من رأس المال، وشيء بالمحاباة، وللزوج عليها أربعونَ بالخُلْع، ولا شيء له بالمُحَاباة؛ لأن المسمى، إذا بطل، بَطَلَ ما في ضمنه من المحاباة، فيكون لورثة الزوجِ مائةٌ إلا شيئاً، يعدل شيئين، فبعد الجبر والمقابلة تبين أن المسمى ثلث المائة، وهو ثلاثةٌ وثلاثون درهماً وثلُثُ درهم، فلها بالمهر والمحاباة ثلاثةٌ وسبْعُون درهماً وثلث درهم، يأخذ الزوج من ذلك أربَعِينَ، فيجتمع لورثته ستةٌ وستونَ وثلثان، ضعْفَ المحاباة.

الحالة الثانية: إذا جرى الخُلْع قبل الدخول، فنُشْطَرُ الصداق، فالحاصلُ للمرأة نصف مهر المثل مِنْ رأس المال، وهو عشرون درهماً وشَيْءٌ بالمحاباة، للزوج من ذلك مهْرُ المثل أربعون؛ يبقى شيء إلا عشرين درهماً، له ثلاثة بالمحاباة، وهو ثلث شيء إلا ستَّة دَراهم، وثلثي درهم، يبقى لورثتها ثلثا شيء إلا ثلاثة عشر درهماً، وثلث درهم؛ [فيجتمع عند ورثة الزوج مائة وثلاثة عشر درهماً وثلث درهم،][1] إلا ثلثَيْ شيء، وذلك يعدل ضعْفَ المحاباة شيئَيْنِ، فبعد الجبر: مائةٌ وثلاثة عَشَرَ وثُلُثٌ، تعدِلُ شيئين ثلثي شيء، فالشيء ثلاثة أثمان.

هذا المبلغ، وهو اثنان وأربعون درهماً ونصف درهم، وهي المحاباة، فللمرأة نصف المهر، والمحاباةُ اثنان وستون درهماً ونصف درهم، يبقَىٰ للزوج سبعةٌ وثلاثونَ درهماً ونصف درهم، ونأخذ مما صار لها بعوض الخُلْع أربعين، فيأخذ أيضاً ثلث الباقي، وهو سبعة دراهم ونصف، فالمبلغ خمسةٌ وثمانون، ضعْفَ المحاباة.

هذا ما أجاب به الأستاذ، واعترض الإمام؛ بأَنَّ مهر المثل مع المحاباة الصَّدَاق؛ فوجب أن يَرْجِعَ شطرُ الجميع إِلى الزوج، وألاَّ يفرد المحاباة عن مهر المثل؛ وعلَىٰ هذا: فطريق الحساب: أن يُقَالَ: لها من رأس المال أربعون، والمحاباة شيء، يبقَىٰ للزوج ستُّون إِلا شيئاً، ويَرْجِعُ إليه شطر ملكته صداقاً، وهو عشرون ونِصْف شيء.

فللزوجِ ثمانون إلاَّ نصف شيء، ثم يأخذ مما بقي لها أربعون؛ يبقَىٰ لها نصف شيء إلاَّ عشرين درهماً، تأخذ بالمُحَاباة ثلث هذا الباقي، وهو سدس شيء إلاَّ ستة دراهم، وثلثي درهم، فيجتمع عند ورثته مائةٌ وثلاثةَ عشر درهماً وثلث درهم، إِلا ثلث شيء، وذلك يعدل شيئين، فبعد الجَبْر والمقابلة: تبين أن الشيء ثلاثة أسباع، مائة وثلاثة عشر درهماً وثلث درهم، وهو ثمانية وأربعون درهماً، وأربعة أسباع درهم، يبقَىٰ للزوج أحد عشر درهماً وثلاثة أسباع درهم، ويُرْجِعُ إليه بالتشطير أربعةٌ وأربعون [درهماً وسبعان، ويأخذ من الشطر الآخر، قدر مهر المثل، وهو أربعون،][2] وثلث الباقي،

---

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

وهو درهم وثلاثة أسباع، فالمبلغ سبعة وتسعون درهماً، وسبع درهم، وذلك ضِعْفُ المحاباة، يبقَىٰ الورثة المرأة دِرْهَمَان وستة أسباع درهم، وعلَىٰ جواب الأستاذ يَبْقَىٰ لهم خمسةَ عَشَرَ.

ثم لتعرف في المسألة أموراً:

أحدها: لا فرق فيها بين أن يموت الزوْجُ قبل المرأة، أو بالعكس، أو معاً؛ لانقطاعِ الميراث بالاخْتِلاَعِ.

والثاني: الدَّوْرُ في المسألة، إنما يقَعُ في جانب الزوج، دُون الزوجة؛ لأنه لا يعودُ إِلَيْهَا شيء مما يخرج منها.

والثالث: المسألة في الحالة الثانية تتعلَّق بأصولٍ تُشْرَحُ في موضعها، منهَا القولان في تفريق الصفقة، ومنها القَوْلاَنِ في الحَصْر، والشيوع، ومنها القولان في أَنَّ الرجُوعَ عنْد فساد الصَّداق إِلى بدله، أو إلى مهر المثل؟ ويَظْهَر حينئذ: أن الجوابَ المذكور ها هنا، علام يتخرَّج من الأبواب التي يقع فيها الدَّوْر الجنايات؟

فإذا جنى عبد علَىٰ حرٍّ خطأً، وعفى المجنيُّ عليه، ومات، لم يكن العفوُ وصيَّةً لقاتل؛ لأن فائدته تعودُ إلى السيد، فإن أجاز الورثة فذاك، وإلاَّ نفذ في الثلث، وانفك ثلث العبد عن تعلُّق الأرش، وأشار الإمام فيه إِلَىٰ وجه آخر؛ [أنه لا ينفك][1] كما أن شيئاً من المرهون لا ينفك، مَا بَقِيَ شيء من الدين، والظاهر الأوَّل، ثم السيد بالخيار؛ بَيْنَ أن يسلم ثلثيه للبَيْع، وبين أن يفديه، فإن سلمه، فلا دور، بل يُبَاعُ، ويُؤدَّىٰ من ثمنه ثلثا الأرش، أو ما تيسَّر، وإن فداه، فيفدي الثلثين بثلثَي الأرش، كم كان، أم بالأقل من ثلثي القيمة، أو ثلثَي الدية؟ فيه قولان، فإذا كان الفداءُ بثلثَيْ قيمته، فلا دور، وإذا كان الفداء بالدِّيَة، لزم الدور، فيقطع الحساب.

مثاله: قيمةُ العبدِ ثلاثمائة، وقوَّمْنَا الإِبِلَ، فكانت أَلْفاً، ومَائتَيْنِ، فيصح العفْوُ في شيء من العبد، ويبطُلُ في عبدٍ ناقصٍ بشيء يفديه السيد بأربعة أمثاله؛ لأن الدِّيَة أربعة أمثال القيمة، وأربعة أمثاله، أربعة أعبَد إِلا أربعة أشياء، فيحصُلُ لورثة العافي أربعة أعبد إلاَّ أربعة أشياء، وذلك يعدل شيئين، فيُجْبَرُ ويُقَابَلُ؛ فأربعة أعبد تعدِلُ ستة أشياء، فنقلب الاسم.

ونقول: العبدُ ستَّة، والشيء أربعة، وهي ثلثا الستة، فيصحُّ العفو في ثلثي العبد، وهو مائتان، ويفدي السيد ثلثه بثلث الدية، وهو أربعمائة، فيحصل لورثة العافي ضعف

---

(١) سقط في: ز.

المائتين، هذا إِذا لم يترك العافي سوى ما يستحقُّ من الدية، فإن ترك شيئاً آخر، نُظِرَ، إن كانت القيمة أقلَّ من الدية، وكان ما تركه ضعفَ القيمة صحَّ العفو في جميع العبد لأن السيد لو اختار تسليمَ العَبْد، يتحصَّلْ ورثة العافي إلاَّ على قيمته، وإن كان ما تركه دونَ ضعْف القيمة، فيُضَمُّ ما تركه إلى قيمة العبد، وتصحَّح العفو في ثلث الجملة من العبد، وإن كانت القيمة أكثرَ من الدية، فيُجْمَعُ بين ما تركه، وبين الدية، ويصحَّح العفو في ثلث الجملة من الدية، ونوضِّح هذه الأحوال بالأمثلة مَضْبُوبَةً في قَالَب الصُّورة المذكورة:

مثال الحالة الأولىٰ: المتروك ستمائةٍ، يصحُّ العفْوُ في جميع العبد؛ لأنَّ عبد ورثة العافِي ضعفه.

ومثال الثانية: المتروك ثلاثمائة، فإن سلم السيد العبْدَ بالقيمة والتركة معاً، ستمائة للسيد، ثلثها مائتان، وذلك مثل ثلثَي العبد، فيصحُّ العفو في ثلثيه، ويُبَاعُ ثلثه، ويُصْرف ثمنه إلى ورثة العافي، ومعهم ثلاثمائة، فالمبلغ ضعْفُ ما صحَّ العفو فيه. وإن اختارَ الفِدَاء، وقلنا: الفداء بالأقلِّ من الدية، أو القيمة، فالجوابُ كذلك؛ ويُدْفَعُ إليهم مائة.

وإن قلنا: الفدَاءُ بالدية، فيصحُّ العفو في شيء من العبد، ويُفْدَىٰ باقيه بأربعة أمثاله، وهي أربعةُ أعبدٍ إلاَّ أربعة أشياء، تُضَمُّ إليها الثلاثمائة، يبلغُ خمسة عشر إلاَّ أربعة أشياء، وذلك يعدل شيئين، فبعد الجبر، وقلب الاسم، يكون العبد ستة، والشيءُ خمسةَ، فيصحُّ العفو في خمسة أَسداس العبد، ويُفْدَىٰ سدسه بأربعة أمثاله، ومع الورثة مثل العبد، فالمبلغ عَشَرَةُ أسداسٍ، ضعْفَ ما صحَّ فيه العفْو.

فُرُوعٌ: أحدُها: لو لم يترك سوى ما يستحقُّ من الدية، وعليه مائتان دَيْناً، وسلمه للبيت، واختار الفداء، وقلنا: الفداءُ بأقلِّ الأمرين، فيسقطُ الدَّيْن من قيمة العبد، يبقَىٰ مائة للسيد؛ ثلثها، وهو ثلاثةٌ وثلاثون درهماً وثلث درهم، وذلك تسع العبد، فيصحُّ العفو في تسعة، ويُبَاعُ ثمانية أتساعه، أو يفديه السيد بثمانية أتساع قيمته، وهي مائتَان وستة وستون دَرهماً، وثلثان، يُقْضَىٰ منها الدَّيْن، يبقَىٰ ستة وستون وثُلُثان، ضعْف ما صحَّ فيه العفو.

وإن قلنا: إن الفداء بالدية، فيصحُّ العفو في شيء، ويُفْدِي السيد الباقي بأربعة أمثاله، وهي أربعة أعْبد، إلا أربعة أشياء، يُحطُّ منها قدر الدين، وهو ثلثا عَبْد؛ يبقَىٰ ثلاثة أعبد وثلث عبد، إلا أربعة أشياء؛ تَعْدِلُ شيئين، فيُجْبَرُ ويُقَابَلُ: فنبسطُها أثلاثاً، ونقلب الاسم.

فالعبدُ ثمانيةَ عَشَرَ، والشيء عَشَرة، وهي خمسةُ أتساعِهَا، فيصحُّ العفو في خمسة أتساع العبد، وهي مائةٌ وستة وستُّون درهماً وثُلُثان، ويَفْدِي السيد بَاقِيَهُ، وهي مائة

وثلاثة وثلاثون درهماً، وثلث درهم بأربعة أمثاله، وهي خمسمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، يُقْضَىٰ منها الدَّين، يبقَىٰ ثلاثمائة وثلاثةٌ وثلاثون وثلث درهم، ضعْفَ ما صحَّ فيه العفو.

الثاني: جنَىٰ عبدان خطأً علَىٰ حُرٍّ فعفا عنهما، وماتَ، ولا مالَ له سِوَىٰ ما يستحقُّ من الدية، فإن اختار السيِّد أن يسلمها، أو اختار الفداءَ، وقلنا: الفداءُ بأقلِّ الأمرين، صحَّ العفو في ثلث كل عبد، وبيع ثلثاه، أو فَدَىٰ سيده ثلثيه بثلثَي القيمة.

وإنْ قلنا: الفداءُ بالدِّية، فلو كانَتْ قيمة كلِّ عبد ثلاثمائة، وقيمة الدية ألفٌ ومائتان، كما قدمنا، فيصحُّ العفو في شيء مِنْ كُلِّ واحد منهما، وفداه السيد باقيه بضعفه؛ لأن نصف الدية، هو الذي يتعلَّق بكلِّ واحد منهما، ونصف الدية ضعْف، كلِّ واحد منهما، فيحصُلُ لورثة العافي أربعةُ أعبد إلاَّ أربعة أشياء [وذلك يعدل ضعف ما جاز فيه العفو، وهو أربعة أشياء،][1].

فبعد الجبر، أربعةُ أَعْبُدٍ تعدلُ ثمانية أشياء، فنقلبُ الاسْمَ، ونَجْعَلُ العبد ثمانية، والشيء أربعة، وهي نصفُها، فيصح العفو في نصف كلِّ عبد، ويفدي كلُّ سيد نصْفَ عبده، بعبد، فيحصُلُ للورثة عبدان، ضعْفَ ما صحَّ العفو فيه وإن اختار أحدُهما الفداءَ، والآخر التسليمَ، وقلنا: الفداءُ بالدِّية، صحَّ العفو في شيء من كلِّ واحد من العبدين؛ فيسلِّم الأول عبداً إلا شيئاً، ويفدي الثاني باقِي عبدِهِ بِضِعْفه، وهو عبدان إلاَّ شيئين، فيجتمع عند وَرَثَةِ العافي ثلاثة أعبد إلاَّ ثلاثة أشياء، تعدل ضعْفَ ما صحَّ العفو فيه، وهو أربعة أشياء، فبعد الجَبْر، وقَلْب الاسم، يكون العبد سبعة، والشَّيْء ثلاثة، فيصحُّ العفو في ثلاثة أسباع كُلِّ واحد منهما، ويسلِّم للأول أربعة أسباع عبده، ويفدي الآخر أربعة أسباع عبدهِ بِضِعْفِها، وهو ثمانيةُ أسباعٍ، فيجتمع لورثة العافِي اثنا عَشَر سبعاً، ضعْفَ ما صحَّ العفو فيه.

ولو مات أَحَدُ العبدَيْنِ قَبْل أن نفصل الأمر، ففيه جَوَابَانِ عن الأصْحَاب:

أحدهما: أنَّ المَوْتَ لا يُحْسَبُ على الورثة، ولا على الموصَىٰ له، ويقدر كأن لم يكن، فعلَىٰ هذا، إن اختار السيدُ تسليمَ العَبْد الثاني، نفذنا العفو في ثلثه، وبعنا ثلثيه، وإنِ اخْتَار الفداء، وقلنا: الفداء بالأرش، فيصحُّ العفو في نصْف العَبْدِ بِنصْفِ الدية.

والثاني: أنه يُحْسَبُ حصَّة العبد الذي مات من العَفْو؛ لأن العفْوَ توجَّه نحوهما جميعاً، فعلَىٰ هذا، يتبعض العفْو في حقِّ الحيِّ؛ لأنه يصحُّ العفو في شيئين منْها، وقد

(١) سقط في: ز.

تعذَّر تحصيل التركة من الذي مات، فيحصُلُ من الآخر، فإن سلمه سيِّده للبيع بهذا العبد إلاَّ شيئاً يعدل ضعْفَ العفو في العبدين، وهو أربعة أشياء، فبعد الجبر والمقابلة؛ عبدٌ يعْدِلُ خمسة أشياء، فنقلب الاسم، فالعبد خمسة، والشيء خمسة، فيصحُّ العفو في كل خُمْسٍ كلِّ واحد منهما، ويسلِّم صاحبُ العبد الثاني أربعة أخماسه للبيع، وهو ضعف الخُمْسَيْنِ اللَّذَيْنِ نَفَذَ فيهما العفْو؛ فإن اختار الفداء، وقلنا: الفداء بالدين، فدَىٰ باقي عبده، وهو عبْدٌ إلاَّ شيئاً، يضعفه، وهو عبدان إلاَّ شيئين، وذلك يعدل أربعة أشياء، فبعد الجَبْر: عبدانِ يعْدِلاَن ستة أشياء، فنقلِبُ الاسم، فنقول: العبْدُ ستة، والشيء اثنان، وهما ثُلُث الستة، فيصحُّ العفو في ثلث كلِّ واحد منهما، يفدي سيد الثاني ثلثه[1] بضعفهما، وهي أربعة أثلاث، ضعف ما صح العفو فيه.

الثالث: قَتَلَ عَبْدٌ حرَّيْنِ خطأً، تعلَّقت برقبته الديتان، فإن اختارَ سيِّده التسليم، بيع ووزِّع الثمن عليهما، وإن اختار الفداء، وقلنا: الفداء بالقيمة، وُزِّعت القيمة، وإن قلنا: الفداءُ بالدية، فداه بالديتين، فإن عفاه أحدهما في مرضه، فعن ابن سُرَيْج: أنه يُدْفَعُ إلى ورثة العافي ثلثا نصفه، وإلى ورثة الذي لم يَعْفُ بتمام النصف، كأنَّ حَقَّ كل واحد منهما متعلّق بنصف ثمنه، فينفذ عفو العافي في ثُلُثِ محلِّ حقه.

قال الأستاذ أبو منصور: هذا لا يستقيم على أصْل الشافعيّ ـ رضي الله عنه ـ بَلِ الديتان متعلِّقتان بجميع العبد، وإذا عفا أحدهما، سقط ثلث الدية، فورثَتُهُ وورَثَةُ الآخر يتضاربون؛ هؤلاء بثلثَيْ دية مورِّثهم، وهؤلاء بتمام دِيَةِ مورِّثهم.

ومنها العتْقُ: إذا أعتق المريضُ عبداً، فاكتسب مالاً قبل موت المعتق، يوزَّع الكسب على ما يَعْتِقُ منه، وعلَىٰ ما يَرِقُّ، وحصة ما عَتَق؛ لا يحسب عليه، وحصة ما رق تزيدُ في التركة، وإذا زادت التركة، زاد ما عَتَقَ، فيزيد حصته من الكسب، وإذا زاد حصة ما عتق، نقصت حصة التركة، فينقُصُ ما عتق، فيزيد المال، فيزيدُ ما عتق، وهكذا تَدُورُ زيادته علَىٰ نُقْصانه، ونقصانُه على زيادَتِهِ، فَيقطَعُ الدَّوْر بالطرق الحسابية، وفيه مسائل:

مسألة: اكتسب العبدُ مثْلَ قيمته، فيعتق منه شيء، ويبعه من الكسب شيء غَيْر محسوب عليه، يبقى للورثةِ عبدان إلاَّ شيئين، وذلك يعدل ضعْفَ ما عَتَقَ، وهو شيئان، فبعد الجَبْرِ: عبدانِ يعدلان أربعة أشياء، فنقلِبُ الاسم، فالعبدُ أربعة، والشيء اثنان، والاثنان نصف الأربعة، فعلمنا أنه يعتق من العبد نصفه، وتبعه نصف الكسب غير محسوب عليه، يبقَىٰ للورثة نصْف العبد، ونصف الكسب، وذلك ضعْفُ ما عَتَقَ.

---

(١) خ ز: ثلثيه.

وبطريقِ السهام نأخُذُ للعتق سهماً، ولما تَبِعَهُ من الكسب سهْماً، ونأخذ للورثة ضعْفَ ما أخذنا للعِتْق، وهما سهمان، فيجتمع معنا أربعةُ أسهم، ثم تأخذ الرقبَةَ والكسْبَ، وهما مثلان، فنقسمهما على الأربعة، يخرج من القسمة نصْفٌ، فعلمنا أن الَّذي عَتَقَ نصف الرقبة.

وبطريق الخطائين: نجعل العبد ثلاثة أَسْهُم، ونجيز العتق في سهم؛ يبقَىٰ للورثة سهمان، ولهم من الكسْب سهمان، فالمبلغ أربعةٌ، وكان ينبغي أن يكون اثنين، فقد زاد اثنان، وهو الخطأ الأَوَّلُ.

ثم نجعله خمسةً، ونجيز العتق في سهم؛ يبقَىٰ للورثة أربعةٌ، ولهم من الكَسْب أربعة، فالمبلغ ثمانية، وكان ينبغِي أن يكُونَ اثنين، فقد زاد إذن ستةً، وهو الخطأ الثاني.

يسقط الأقلُّ من الأكثر؛ يبقَىٰ أربعةٌ، نحفظها، ثم نضرب المال في الخطأ الثاني، يكون ثمانيةَ عَشَرَ، والمال الثاني في الخطأ الأوَّل، يكون عشرة، يسقط الأقل من الأكثر؛ يبقَىٰ ثمانية، نقسمها على الأربعة المحفُوظَة، يخرج من القسمة اثنان، فعلمنا أنَّ العبد يجب أن يُقَسَّمَ على سهمين، ثم نضرب ما أجزنا العتق فيه أوَّلاً الخطأ الثاني؛ يكون ستة، وما أجزنا فيه العِتْق ثانياً في الخطأ الأول؛ يكون اثنين، يسقط الأقل من الأكثر، يبقى أربعة، نقسِّمها على الأربعة المحفوظة، يخرج من القسمة واحدٌ، فهو الذي يُعْتَقُ والواحد، من الاثنين نصف، ولو اكتسب العبد، وقيمته تسْعُون، مثْلَ قيمته، ومثل نصفها، فيُعْتَقُ منه شيء، ويتبعه من الكسب شيء ونصف، غير محْسُوب عليه؛ يبقَىٰ للورثة عبدان ونصْف إلاَّ شيئين ونصف شيء، يعدل شيئين، فبعد الجبر: عبدان ونصف، يعدل أربعة أشياء ونصْف شيء، فنبسطُهَا أنصافاً، ونقلب الاسم، فالعبد تسعة، والشيء خمسة، فيعتق منه خمسةُ أتساعه، وقيمتها خمسُونَ، ويتبعها خمسة أتساع الكسب، وهي خمسة وسبعون؛ يبقَىٰ لِلورثة أربعةُ أتساعِ العَبْد، وهي أربعون وأربعةُ أتساعِ الكَسْب، وهي ستون، وهما مائة ضعْف ما عَتَق وبالسهام يأخذ للعِتْق سهماً، ويتبعه من الكسب سهْمٌ ونصف سهم، ونأخذ للورثة ضعْف العتق، وهو سهمان؛ فالمبلغ أربعةٌ ونصف يُقَسَّم عليها قيمة الرقبة والكَسْبُ هي مائتان وخمسة وعشرون؛ فنبسطها أنصافاً، فيكون المقسُوم عليه تسعة، والمقسوم أربعمائة وخمسين، يخرج من القِسْمَة خمْسُون، فذلك قيمةُ ما عَتَقَ منه، وهو خمسة أتساعه.

ولو كانت الصورةُ الثانيةُ بحالِهَا، وعلى السيد مثْلُ قيمة العبد دَيْناً، فيعتق منه شيء، وتبعه من الكسب شيءٌ ونصْف؛ يبقَىٰ عند الورثة عبْدَان ونصف عبد، إلاَّ شيئين ونصف شيء، يسقط منه عبدٌ للدَّيْن؛ ويبقَىٰ عبد ونصف إلاَّ شيئين ونصف شيء، يعدلُ

ضِعْفَ ما عتق، وهو شيئان، فبعد الجَبْر: عبدٌ ونصف يعدِلُ أربعة أشياء ونصف شيء. فنبسطها أنصافاً، ونقلِبُ الاسمُ فالعبْدُ تسعة، والشيء ثلاثةٌ، يعتق من العبد ثلاثةُ أتساعه، وتبعه من الكَسْب ثلاثة أتساعه، يُقْضَي الدين من الباقي؛ يبقَىٰ عند الورثة ضِعْفُ ما عَتَقَ.

وبطريق الدينار والدرهم؛ يُجْعَلُ العبد ديناراً ودرهماً، والكَسْب ديناراً ونصْفَ دينار، ودرهماً ونصْفَ درهم، ويُعْتِقُ من العبد ديناراً، ويتبعه من الكسب دينارٌ ونصْف شيء؛ يبقىٰ مع الورثة دينار ونصف، يسقط منه الدَّيْن ديناراً ودرهماً، يبقَىٰ درهمٌ ونصْفُ إلاَّ ديناراً يعدل ضعف ما عتق، وهو ديناران، فبعد الجبر: يعدل درهم ونصف ثلاثة دنانير، فنبسطها أنصافاً، ونقلب الاسم، فالدينار ثلاثة، والدرهم ستة، وجملة العَبْد تسْعَةٌ، فإن كانت بحالها، إلاَّ أنه لا دَيْنَ على السيد، وله سوى العبد، وكسبه تسعون، فيعتق منه شيء، ويتبعه من الكَسْب شيء ونصف، يبقَىٰ مع الورثة عبدان ونِصْف إلاَّ شيئين ونصْف شَيْء، ومعهم مثل قيمة العبد، فيجتمع عنْدَهم ثلاثة أعبد ونصف عبدٍ إلاَّ شيئين ونصْف شيء، يعدِلُ شيئين، فبَعْدَ الجبر: ثلاثةُ أعبدٍ ونصفُ عبد، يعدل أربعة أشياء ونصف شيء، فنبسُطُها أنصافاً، ونقلب الاسم، فالعبد تسعة، والشيء سبعةٌ، فيعتق منه سبعةُ أتساعه، وهو سبْعُون، ويتبعه من الكَسْب سبعةُ أتساعه، وهو مائةٌ وخمسون، يبقَىٰ للورثة تسعاه عشْرون، وتسعا الكسب ثلاثون، ومعهم تسعون، أيضاً فالمبلغ مائةٌ وأربعون، ضِعْفَ ما عتق.

ومنهما ترك السيد ضِعْفَ قيمة العبد، عتق جميعه، وتَبِعَهُ كَسْبُه، ولا دَوْر.

وإذا كان عليه دَيْن، وله سوى العبد، وكسبه مال، قُوبِلَ الدَّيْن بذلك المالِ، فإذا تساويا، فكأنَّ لا دَيْنَ، ولا مَالَ، وإن زاد الدَّيْن فكأَنَّ قَدْرُ الزائد هو الدَّيْنَ، وإن زاد المال، فكأن القَدْرُ الزائد هو المترُوكَ.

والموْهُوبَ من العبد وأرشُ الجناية عليه كالكَسْب.

فَرْعَانِ: أحدُهُما: قيمته تسْعُون، واكتسَب مثْلَ قيمته بَعْد العِتْق، فاستقرضها السيد منه وأتلفها ثم مات، فعتق منه شيْءٌ، ويستحقُّ على السيد شيئاً، هو دَيْنٌ عليه، يبقَىٰ للورثة عبد إلاَّ شيئين، يعدل ضِعْفَ ما عتق، فبعد الجَبْر: عبد يعدل أربعة أشياء، فنقلبُ الاسْم، ونقول: عَتَقَ منه رُبُعُهُ، ويتبعه ربعه، كربع كسبه، يبْقَىٰ للورثة نصفه، وهو ضعف ما عَتَقَ، ثم ربع الكسب الذي هو دَيْن، إن أداه الورثة من عندهم، جاز، واستمرَّ ملكهم على ثلاثة أرباعِهِ، ومَلَكَ هو ما سلَّموا إليه بربعه الحُرِّ، وإن تراضَوْا مع العبد علَىٰ أن يكُونَ ربع رقبته بدلاً من ربع الكسب، جاز، وعَتَقَ منه ربعُهُ علَىٰ نفسه.

ثم عن ابن سُرَيْج: أنَّ ولاء ذلك الربع يكُونُ لبيت المال، وعن غيره من

الأصحاب: أنه لا ولاَ علَيْهِ، وإن أراد الورثة بيعه من غيره، وقال العَبْد آخذُهُ بدلاً عن الدَّيْن، فقد ذكر الأستاذ: أنه أحقُّ بنفسه من الأجانب.

قال الإمامُ: وهذا مَحْمولٌ على الأولويَّة دون الاستحقاق.

الثاني: ماتَ العَبْد المعتق قَبْلَ موت السيد، فهل يموت حراً، أو رقيقاً، أو ثلثه حرّاً، وثلثاه رقيقاً؟ فيه ثلاثة أوجه مذكورة في الكتاب في «باب العتق» وهو كالخلاف الذي أسلفناه في موت العَبْد الموهوب، قبل مَوْت الواهِبِ المَرِيضِ.

قال الأستاذ أبو منصور: والمشهورُ من المَذْهب الوجْه الأوَّل، والثاني، تخريجُ ابْنِ سُرَيْج، وإنْ كان العبدُ قد اكتسب ضِعْفَ قيمته، ولم يخلف إلاَّ السيد، فيموت حرّاً بلا خلاف، أما إذا قلنا: إنه يموت حرّاً، إذا لم يخلف شيئاً، فها هنا أولَىٰ، وإن قلنا: إنه يموت رقيقاً، هناك فلأن سببه: أنه لم يخلف شيئاً، وهٰهنا يرثُ السيدُ بالولاء كَسْبَهُ، فيحصل لورثته ضِعْفُ العبد، وإن كان الكسبُ مثْلَ قيمته، فإن قلنا: لو لم يخلّف شيئاً، لمات حرّاً، فها هنا أولَىٰ؛ وإن قلنا: مات رقيقاً، فها هنا لا يرث جميعه؛ لأنه خلَّف شيئاً، ولا يعتق جميعُهُ؛ لأنَّ الكسب ليس ضعْفَه.

وإنْ قلنا: إن مَنْ بعضُه حرٌّ، وبعضُه رقيقٌ، يُورَثُ، فيُعْتَقُ نصفه، فيكونُ جميع كسبه للسيد، النصف بحقِّ الملك، والنصف بحق الإرْث بالولاء، فيحصُلُ لورثته ضِعْفُ ما عَتَق، وإن قلنا: إنه لا يُورَثُ، قال الإمام: يُعْتَقُ منه شيء، ويتبعه من الكَسْب شيء، يُصْرَفُ ذلك الشيء إلى بيت المال، فيبقَىٰ عبد ناقص بشيء، يعدل ضعْفَ ما عتق، وهو شيئان، فبعد الجبر: عبدٌ يعدل ثلاثة أشياء، فالشيء ثلث العبد، فيعتق ثلثه، ويتبعه من الكسب ثلثُهُ؛ يبقَىٰ للسيد ثلثا كسبه بحَقِّ الملك، وهو ضعف ما عَتَقَ، فإن كان الكسْبُ ضعْفَ القيمة، وخلَّف العتيق مع السيد بنتاً، فإن قلنا: لو لم يخلِّف بنتاً، لمات حرّاً، فكذلك ها هنا، والكسب بين البنت والسيد بالسوية.

وإنْ قلنا: يَمُوتُ رقيقاً، فإن قلنا: مَنْ بعضُه حرٌّ، وبعضُه رقيقٌ، يُورَثُ، فيعتق منه شيء، ويتبعُهُ من الكسب شيئان، يرث البنت أحدهما، والسيد الثاني، فيحصل لورثة السيِّد ضعف العبد إلا شيئاً، وذلك يعدل شيئين، فبعد الجبر عبدان يعدلان ثلاثَةَ أشياء.

فالشيء ثلث العبدين، وهو ثلثا عبدٍ، فَيُعْتَقُ من العبد ثلثاه، ويتبعه ثلثا الكَسْب، ثم يرجع أحدُهُما بالإرث إلى السيد، فيحصل لورثة السيِّد ثلثا الكسب، وهما ضعف ما عَتَقَ.

وإِنْ قلنا: إنَّ مَنْ بعضُه حرٌ، وبعضه رقيق، لا يورَثُ، فلا ترث البنت منه؛ لأنها لو ورثت، لَمَا خرج جميعه من الثلث، فيرقُّ بعضه، فإذا رَقَّ بعضه، لم يورث، فيؤدّي توريثها إلَىٰ إبطال توريثها، وهذه من الدوريات الحكمية، وإذا لم ترث، فكأنَّه لم

يخلف إلا السيد، فيموت حرّاً، ويكُونُ جميع الكَسْب للسَّيِّد كما مَرَّ.

وإن كانت الصورةُ بحالها، وخلَّف بدل البنت ابناً فإن قلنا: إنه يموت حرّاً، لو لم يخلف شيئاً، فكذلك ها هنا، والكسب للابن، وإن قلنا: يموت رقيقاً هناك، فإنْ قلنا: مَنْ بعضُه حر، وبعضه رقيق، يُورَثُ، فيعتق منه شيْءٌ، ويتبعه من الكسب شيئان، هما للابن، يبقَىٰ لورثة السيد باقي الكسب، وهو عبدان إلاَّ شيئين، فبعد الجبر: عبدان يعدلان أربعة أشياء، فالشيء ربع العبدين، وهو نصف عبْدٍ، فيعتق نصف العبد، ويتبعه من الكسب نصفه، يفوز به الابن، يبقَىٰ لورثة السيد نصْف كسْبه بحقِّ الملك، . وهو ضعْفُ ما عتق، وإن قلنا: إنَّ مَنْ بعضه حر، وبعضه رقيق، لا يُورَثُ، فيموت حرّاً، وجميع الكسب للسيد، ولا يَرِثُ الابنُ للدَّوْر، ولو لَمْ يَمُتِ المعتق، لكنْ كان له ابن حُرّ، فمات قبل موت السيد، وترك أضعاف قِيمَةِ أبيه، وليس له إلا أبوه، وسيِّد أبيه، فلا يرث منه أبوه؛ لأنه لو ورث، لاَسْتَغْرق، ولم يحْصُلْ للسيد شيء؛ وحينئذ: فلا يعتق جميعه، فلا يرث، وإذا لم يرث حُكِمَ بحريته، وورث السيِّدُ مال ابنه بالولاء.

ولو كانت تركة الابن مثْلَ قيمة المعتق، فيعتق منه شيْء، ويثبت للسيد الولاء بقَدْر ما عَتَقَ على الابن، فيرث من تركته شيئاً، ولا يرثه أبوه؛ لِأَنَّ مَنْ بعضه رقيق لا يَرِثُ، فيحصل لورثة السيد عَبْدٌ إلا شيئاً، والشيء الذي ورثه السيد بالولاء، فيتمُّ لهم عَبْد؛ لأن تركته مثْلُ العبد، وذلك يعدِلُ شيئين، فالشيء نصْفُ العبد، فيعتق نصفه، ويكون للورثة نصفه، ونصْفُ تركة ابنه، وهما ضعْفُ ما عَتَقَ.

مسألة: من الأصول المقررة: أن المريض إذَا أعتق عبيداً، لا يملك غيرهم، معاً، أُقْرِعَ بينهم، وإن أعتقهم على الترتيب، بُدِىءَ بالأوَّل فالأول، فإن زاد الأوَّل على الثلث، عَتَقَ منه قَدْرُ الثلث، فلو أعتق عبداً، فاكتسب مثْلَ قيمته، ثم أعتق عبداً آخر، ولا مال سواهما، وهما متساويا القيمة، فيعتَقُ من الأول شيْء، ويتبعه من الكسب شَيْء غير محسوب عليه، يبقَىٰ للورثة ثلاثةُ أعبد إلاَّ شيئين، فبعد الجبر: ثلاثةُ أعبدٍ تعدلُ أربعة أشياء، فالشيء ثلاثة أرباع العبد، فيعتق من الأول ثلاثة أرباعه، ويتبعه ثلاثة أرباع الكسب، يبْقَىٰ عبد ونصف، وهما ضعْفَ ما عتق.

ولو اكتسب الثاني مثْلَ القيمة دون الأول، عَتَقَ الأول وبقي الثاني، وكسبه للورثة، وإن اكتسب كلُّ واحد منهما مثْلَ قيمته، عَتَقَ الأول، وتبعه كسبه، وبقي الثاني وكسبه للورثة، وإن اكتسب الأوَّلُ مثل قيمتهما، عَتَقَ منه شيء، وتبعه من الكسب شيئان، يبقَىٰ للورثة أربعة أعبد إلاَّ ثلاثة أشياء، تعدِلُ شيئين، فبعد الجبر يكونُ الشَّيْء خُمْس أربعة أعبد، وهو أربعة أخماس عبد، يعتق من الأول أربعة أخماسه، ويتبعه أربعة أخماس الكَسْب، يبقَىٰ للورثة خمسة، وخُمُس كسبه، والعبد الآخر، وإن اكتسب الثاني

مثْلَ قيمتهما، عَتَقَ الأول، ومن الثاني شَيْء، ويتبعه من الكسب شيئان؛ يبقَىٰ للورثة من الثاني وكَسْبه ثلاثة أعبد، إلاَّ ثلاثة أشياء، تعدل ضعْفَ ما عَتَق، وهو عبدان وشيئان؛ لأنَّ الذي عَتَقَ عبدٌ وشيء، فبعد الجَبْر: ثلاثةُ أعبد تعدلُ وعبدين وخمسة أشياء، تُسْقِطُ عبدين بعَبْدين؛ يبقَىٰ عبْدٌ في معادلة خمسة أَشياء.

فالشيء خُمْسَ العبد، فالذي عَتَقَ من الثاني خُمْسُه، وكذلك الحكم، لو اكتسب كلُّ واحد منهما مثل قيمتهما، ولو أعتق العبدَيْن معاً أُقْرِعَ بينهما، فمن خرجت له القرعة، فكأن السيد قدَّمه، والحسابُ في الصورة على ما ذكَرْنا.

ولو أعتق المريضُ ثلاثة أعبد معاً، لا يملك غيرهم، فاكتسب أحدُهم قَبْل موته مثْلَ قيمته، وقيمتهم متساويةٌ، يُقْرَعُ بينهم بسَهْم عِتْقٍ، وسهمَيْ رِقٍّ، فإن خرج سهم العِتْق على المكتسب، عَتَقَ، ويتبعه كسبه، والآخرانَ للورثة؛ وإن خرج لأحد الآخرين، عَتَقَ، ثم تُعَادُ القرعة؛ لاستكمال الثُّلُث، فإن خرج للآخر، عَتَقَ ثلثه، وكان ثلثاه مع المكتسب، وكسبه للورثة، ولا دَوْر، فإن خرج سهم العِتْق في القرعة الثانية للمكتسب، دخله الدَّوْر، فنقول: يُعْتَقُ منه شيء، ويتبعه من الكسب شيءٌ، يبقَىٰ للورثة ثلاثةُ أعبد إلاَّ شيئين، يَعْدِلُ ضعْفَ ما عَتَقَ، وهو عبدان وشيئان، فبَعْد الجبر: ثلاثةُ أعبدٍ تعدلُ عبدين وأربعة أشياء، فتُسْقِطُ عبدين بعَبْدَيْن؛ يبقَىٰ عبد في معادَلَةِ أربعة أشياء.

فالشيءُ رُبُع العبد، فيعتق منه رُبُعه، ويتبعه ربع كسبه؛ يبقَىٰ للورثة ثلاثة أرباعه، وثلاثة أرباع كَسْبه، والعبد الآخر، وذلك عبدان ونصفٌ، وهو ضعْفَ ما عتق.

وإن كانت الصورةُ بحالها، وعلى السَّيِّد من الدَّيْن مثل قيمة أحدهم، فَيُقْرَعُ بين العَبْد بسَهْمِ دَيْنٍ، وسَهْمَيْ تركة، ولسهم الدين حالتان:

إحداهما: أنْ يخرج لأحدِ اللذين لم يكْتسبا، فيُبَاعُ في الدَّيْن، ثم يُقْرَعَ بين الآخرين؛ لإعتاق الثلث بعد قضاء الدَّيْن بسهم رِقٍّ، وسهم عِتْقٍ، فإن خرج سهْمُ العِتْق للذي لم يكتسب، عَتَقَ، والمكتسبُ وكَسْبُه للورثة، وإن خرج المكتسبُ، دخلَهُ الدَّوْر، فيعتق منه شيء، ويتبَعُهُ من الكسب شيء، يبقَىٰ للورثة ثلاثةُ أعبدٍ إلاَّ شيئين [تعدل شيئين فبعد][1] الجبر ثلاثة أعبد، تعدل أربعة أشياء، فالشيءُ رُبُعُ إلا عَبْد، وهو ثلاثة أرباع عبد.

الحالة الثانية: يخرج سهم الدَّيْن للمكتسب، فيباع منه ومِنْ كسبه بقَدْر الدَّين، والدَّيْن مثل نصفها، فيباعُ في الدَّيْن نصْف رقبته، ونصف كسبه، ثم يُقْرَعُ بين الباقي

---

(١) سقط في: ز.

وبَيْن الآخرين بسهم عتْقٍ، وسهمَيْ رِقٍّ، فإن خرج سهم العتْق لأحدِ الآخرين، عَتَقَ، والآخر ونصف المكتسب وكَسْبُه للورثة، وإن خرج للمكتسب، عَتَقَ نصْفُه الباقي، ويتبعه الكسب غَيْر محسوب، ثم تُعادُ القُرْعَة بين الآخرين؛ لاستكمال الثلث، فإنا لم نعتق إلاَّ نصْفَ عبد، وقد بقي عبدان، فلأيهما خرج العتْق، عَتَقَ ثلثه، فيكون جملةُ ما عَتَقَ خمسَةَ أَسداسِ عبد، يبْقَىٰ للورثة عبْدٌ وثلثا عبد، ضعْفَ ما عَتَقَ.

ولو كانتِ الصورةُ بحالها إلاَّ أن قيمتهم مختلفةٌ؛ فأحدهم يساوي مائة، والثاني مائتين، والثالثُ ثلاثمائة، والكَسْب لكلِّ واحدٍ منهم مثْلُ قيمته، فَيُقْرَعُ بينهم، فإن خرج سَهْمُ العتق على الأعلى، عَتَقَ، وتبعه كسبه، والآخران وكَسْبُهما للورثة، وذلك ضعْف الأعلَىٰ، هذه حالة، ووراءها حالتان:

إحداهما: إذا خرج على الأدنَىٰ، عَتَقَ، وتبعه كسبه، وتُعادُ القُرْعة، لاستكمال الثلث، فإن خرج سهْمُ العتق للأوسَطِ؛ عَتَقَ، وتبعه كسبه، ويبقَىٰ الأعلَىٰ، وكَسْبُه للورثة، وذلك ضعف العتيقين، وإن خرج للأعلى، عَتَقَ منه شيء، ويتبعه من الكسب مثله، يبقى للورثة باقية وباقي كسبه، والعَبْد الأوسط وكسبه، وجملة ذلك ألفٌ إلا شيئين، يعدل ضعْفَ ما عتق، وهو مائتان وشيئان، فبعد الجبر: ألفٌ تعدلُ مائتين وأربعةَ أشياء، يسقط مائتين بمائتين، يبقَىٰ ثمان مائة تعدل أربعةَ أشياء، فالشيء مائتان، وذلك ثلثا الأعلَىٰ، فيعتق منه ثلثاه، ويتبعه ثلثا الكسب، يبقَىٰ للورثة ثلثه وثلث كسبه، والعبدُ الأوسطُ وكسبُهُ، وذلك ستُّمائةٍ، ضعْفَ ما عَتَقَ من الأدنَىٰ، وما عتق من الأعلَىٰ.

الحالة الثانية: إذا خرج سهم العتق على الأوسَط، عَتَق، وتبعه كسبه، وتُعَادُ القُرْعة، فإن خرج سهم العِتْق للأدنَىٰ، عَتَق، وتبعه كسبه، والأعلَىٰ وكَسْبه للورثة، وإن خرج للأعلَىٰ، عَتَقَ ثلثه، وتبعه ثلث كسبه، والباقي مع الأدنَىٰ للورثة، وطريق الحساب ما بيناه.

مسألة: أعتق المريضُ جاريةً، لا يملك غيرها، فَوُطِئَتْ بالشبهة قبل مَوْت السيِّد، فلها مهر ما عتق منها غير محسوب من الثلث، وللسيد مهْرُ ما رَقَّ منها، فإن كان مهرها مثل ثلث قيمتها، فيعتق منها شيء، ويتبعه من المهر ثلثي شيء، وباقيها للورثة، وهو جارية ومثل ثلثها إلاَّ شيئاً، وثلث شيء، يعدل شيئين، فبعد الجبر: جاريةٌ وثلث، تعدل ثلاثة أشياء وثلث شيء، فنبسطها أثلاثاً، ونقلب الاسم، فالجاريةَ عشرة، والشيء أربعة، فيُعْتَقُ أربعة أعشارها [ويتبعها أربعة أعشار المهر، يبقى للورثة، ستة أعشارها][1]، وستة أعشار مهرها، وستة أعشار مهرها عُشْراً رقبتها، فيجتمع لهم مثل

---

(١) سقط في: ز.

ثمانية أعشار الرقَبَة، ضعْفَ ما عتق منها. فإن أحبلها الواطىءُ، وولدَتْ قبل موت السيد ولَداً، قيمته يوم الولادة ثلث قيمتها، فعلى الواطِىءِ مع العفو قيمةُ الولد، بِقَدْرِ ما رَقَّ منها؛ لتقوية رِقِّهِ على السيد، فيعتق منهَا شيء من الولد، ثلث شيء غير محسوب من الثلث، ولها من المهر ثلث شيء، يبقى للورثة جاريةٌ ومثل ثلثها، إلاَّ شيئاً وثلث شيْءٍ، وذلك يَعْدِل شيئين.

فبعد الجبر: جارية وثلثا جارية تَعْدِل ثلاثة أشياء وثلثي شيء، فنبسطها أثلاثاً، ونقلِبُ الاسم، فالجارية أحَدَ عَشَرَ، والشيء خمسة، فيعتق منها خمسة من أحد عشر [ويتبعها خمسةٌ من أحد عشر من الولد، ولها خمسة من أحد عشر][1] من المهر، يبقَىٰ للورثة ستةٌ من أحد عشر من الرقبة، وستة من أحد عشر من المهر، وستة من أحد عشر من قيمة الوَلَد، والشيئَانِ جميعاً كأربعةٍ من أحدَ عَشَرَ من الرقبة؛ فيجتمع للورثة مثلُ عشرة من أحَدَ عشر من الرقبة وهي ضعف ما عَتَقَ.

فإن كان الواطىءُ مُعْسِراً، فلم يحصُلْ منه مهر، ولا قيمة لم يتجزأ، لاَ عِتْقُ ثلثها، وثلثاها للورثة؛ فإن أيسر، وحصَلَ منه المهر والقيمة، أتممنا عِتْقَهَا علَىٰ ما يقتضيه الحساب، وتسترد الجاريةُ من كسبها مقدارَ ما عَتَقَ منْها زائداً على الثلث؛ لنبين العتق فيه.

وعن ابن سُرَيْج تخريجُ وجهٍ أنها لا تسترد، فإن كان الواطىءُ هو المعْتِقَ، فعلَىٰ ما ذكرنا في وطء الواهب المَرِيضِ بعد الهبة، والإقباض.

مسألة: وإذا زادَتْ قيمة المعتَق قَبْلَ موت السيد، دخل المسألةَ دَوْرٌ؛ لأن زيادة القيمة بمثابة الكَسْب، فقسْط ما عَتِقَ، لا يحسب على العبد، وقِسْطَ ما رَقَّ، تزيد به التركة. وكذا نقصان القيمةِ يوزَّع، فقسط ما عَتَقَ يُحْسَبُ على العبد، كأنه شيء قبضه وأتلفه، وقسط ما رق كأنه تلف من مال المُعْتِق، وإذا نقص المال، نقص ما يعتق منه، ويحتاج في استخراج المسألة إلى الطرق الحسابية.

مثال الزيادة: أعتق عبْداً، قيمته مائة، لا مَالَ له غيره، فبلغت، قيمته قبْلَ موت السيد مائة وخمسين، فنقولُ: يُعْتَقُ منه شيء، وذلك الشيء محسوبٌ عليه بثلثَيْ شيء، فيبقَىٰ مع الورثة عبدٌ إلا شيئاً، يعدل ضعْفَ المحسوب على العبد، وهو شيء وثلث شيء، فبَعْدَ الجبر: عبدٌ يعدل شيئين وثلث شيء.

فنبسطها أثلاثاً، ونقلب الاسم، فالعبد سبْعة، والشيء ثلاثة، فيعتق منه ثلاثة أسباعه، وقيمتها يوم الموت أربعةٌ وستُّون وسبعان، والمحسوب عليه منها قيمةُ يوم

(١) سقط في: ز

الإِعتاق، وهي اثنان وأربعونَ وستة أسباع، يبقَىٰ للورثة أربعةُ أسباعِ العبد، وقيمتُهَا خمسةٌ وثمانون، وخَمْسَة أسباع، وهي ضعْفُ المحْسُوب على العبد.

ومثال النقصان: كانَتْ قيمته مائةً، فعادَتْ إلى خمسين، فيعتق منه شيْءٌ، وهو محسوب عليه بشيئين، فالباقي وهو عبدٌ إلا شيئاً يَعْدِلُ ضعْفَ المحسوب، وهو أربعة أشياء، فبعد الجَبْر: عبد يعدل خمسة أشياء، فالشَّيْء خمس العبد، فيعتق منه شيء، وهو خمسة، وقيمته يوم الموت عشرة، ويحسب عليه بعِشْرِين؛ لأن قيمتَهُ يَوْمَ الموْت عشرون، يبقَىٰ للورثة أربعةُ أخماسه، وقيمتها أربعون، ضعْفَ المحاباة.

ومنها الكتابة: فإذا كاتَبَ في مرضه عبداً، لا يمْلِكُ غيره، ولم يؤدِّ شيئاً من النُّجُوم في حياة السيد، فثلثه مكاتَبٌ، فإذا أدى نجوم الثلث، عَتِقَ وهل يُزَادُ في الكتابة؛ لأن التركة قد زادت بما أدى؟ فيه اختلاف يجيء في الكتابة ـ إن شاء الله تعالى ـ فإن زيدَتْ، فقد ذكر في طريق الحسابِ: أن الكتابة تصحُّ في شيء من العبد، ويؤدِّي المكاتِبُ عنه شيئاً، والفرض فيما إذا كانت النجومُ مثل القيمة، فيحصُلُ للورثة من الرقبة، ومال الكتابة مثْل عبد، وذلك يعدل ضعْفَ ما صحَّت فيه الكتابة، وهو شيئان، فالشَّيء نصف العبد، فإذا أدَّى نجوم النصف، عَتَقَ نصفه، واستَرَدَّ من الورثة كَسْبَ سدسه، فيحصل للورثة نصْفُ الرقبة، ونصْف النجوم، وذلك ضعْفُ ما صحَّت الكتابة فيه.

ولو كاتَبَ عبْدَهُ في الصحَّة، ثم أعتقه في المرض، أو أبرأه عن النُّجُوم، نُظِر إن عجَّز نفْسَه، عَتَقَ ثلثه، ورَقَّ ثلثاه، وإن استدام الكتابة، فإنْ كانت النجُوم مثْلَ القيمة، فوجهان:

أظهرهما: أنه يُعْتَقُ ثلثه ويبقى الكتابة في الثلثين.

والثاني: أنَّه لا يُعْتَقُ ثلثه؛ حتَّىٰ يسلّم الثلثان للورثة، إما بالعجز، أو بأداء نُجُوم الثلثين، لأنَّ ما يعجز العتق فيه، ينبغي أن يحصل للورثة مثْلاَه، فإذا كانت الكتابة مستمرةً في الثلثين، والنجُومُ في الذمة، لم يحْصُلْ في يدهم شيء.

ومن قال بالأول: قال: لو لم يعتقه، لكانَ جميعه مكاتباً، وكانت الحيلولةُ قائمةً؛ فالإعتاقُ ورَدَ على محلِّ فيه حيلولة، فليثبت العتْق في الثلث، وليبْقَ الباقي بحاله، وإن كان بين النجوم والقيمة تفاوُتٌ، فقد سبَقَ أن المعتبر من الثلُثِ أقلُّ الأمرين، فإن كانتِ النجومُ أقلَّ؛ بأن كانت مائة، والقيمة مائتين، فيعتق ثلثُهُ، ويسقط ثلث النجوم، وهو المحسوب من الثلث؛ يبقَىٰ للورثة ثلثا النجومُ، إن أدَّى؛ وثلثا الرقبة إن عجزوا، إن كانت القيمة أقلَّ بأن كانت مائةً، والنجومُ مائتين، دخله الدور؛ لأنا نحتاج إلَىٰ أن يعتق منْه شيئاً محسوباً من الثلث؛ ويسقط ثلثه من النجوم، غير محْسُوب من الثُلُث.

وحسابه أن يقالَ: عَتَقَ منه شيْءٌ، وسقط من النجوم شيْئَان، يبقَىٰ للورثة من النجوم مائتَا درهم إلا شيئَيْن، وذلك يعْدِلُ ضعْفَ ما عَتَقَ، وهو شيئان؛ فبعد الجبر: مائتان يَعْدِلاَن أربعة أشياء، فالشيْءُ ربع المائتين، وهو نصْفُ العبد، فعلمنا أن الذي يعتق نصف العبد، وأنَّه يُسْقِط نصْف النجوم.

قال الأستاذ: فإن عجَّل ما عليه من النجوم، عَتَقَ نصْفه؛ وإن لم يؤدِّ شيئاً، لم يحكم بعتق شيء، ثم كلما أدَّىٰ شيئاً، حُكِمَ بعتق نصْف ما أدَّىٰ؛ حتَّىٰ يؤدي نصْف الكتابة، ويستوفي وصيته.

هذا ما اتفق إيراده الآن من المسائل الدورية في أبواب الفقه، وكما أوردنا طَرَفاً منها في بعض الأبواب الَّتي تتقدَّم على الوصايا، فربما نورد طرفاً في بعض الأبواب الَّتي يتأخَّر عنها إذا انتهينا إلى فقْهها ـ بمشيئة الله تعالىٰ ـ ونختم الباب بمسائل يتولَّد الدَّوْر فيها من ازدواج أصلين.

مسألة: أعتق المريض عبداً، لا يملك غيره، ثم قتله، فينفذ العتق في جميعه؛ لأنه لا تَرِكَة، أو لا يعتق منه شَيْء، لأنه لا يبقَىٰ للورثة ضعْف المحكوم بعتقه فيه خلافٌ سبق في نظائِرِه؛ قال الأستاذ أبو منصور: قياس مذهب الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ الثاني، فإنْ ترك السيد مالاً، إذا قضيت الدية منه، كان الباقي ضعْفَ قيمته، فهو حرٌّ، وإن ترك من المال دون ذلك، عَتَقَ بعضه، ورَقَّ بعضه، ووجب على السيد قسْط ما عَتَقَ من الدية، ولا يرث السيِّد من دِيَتِهِ؛ لأنه قاتل له، بل إذا كان له وارثٌ أقربُ من السيد، فهي له، وإلا فهو لأقرب عَصَبَات السيد.

مثاله: قيمته مائة، وقيمة إبل الدية ثلاثمائة، وتركَ السيد ثلاثمائة، فنقول: يعتق منه شيء، وعلى السيد من الدية ثلاثةُ أمثاله، وباقي العبد الذي بَطَلَ العتق فيه، قد أتلفه بالقَتْل، ولم يتركْ إلا ثلاثمائة، وهو مثل ثلاثة أعبد، يقضي منْهَا ما وَجَبَ من الدية، يبْقَىٰ ثلاثة أعبد إلا ثلاثةَ أشياء، تعدل ضعْفَ ما عَتَقَ، وهو شيئان، فيجْبَرُ ويُقَابَلُ، فثلاثة أعبدٍ تَعْدِلُ خمسة أشياء، فنقلب الاسم، فالعبدُ خمسة، والشيء ثلاثة، يعتَقُ منه ثلاثةُ أخماسه، وهي ستُّون، ويجب عليه ثلاثةُ أخماس الدية، وهي مائة وثمانون، يبقَىٰ مائة وعشرون، ضعْفَ ما عتق، وبطريق السهام: تأخذ العبد بالعتق سهماً، ويتبعه من الدية ثلاثة أسهم، ولورثة السيد سَهْمَان، ضعْف سهم العتق، فالمبلغ ستة أسهم، ونسقِطُ منها سهماً، وهو الذي تلف من العبد، يبقَىٰ خمسة أسهم، فهي سهام العبد، يعتق منها مثْلُ سهام التركة.

طريقةٌ أخرَىٰ: تضربُ قيمة العبْدِ في ثلاثة؛ تكونُ ثلاثمائة، وتردُّ عليها الدية، تبلغ ستمائة، ينقص منها قيمةُ العبد؛ لأنه تلف؛ يبقَىٰ خمسمائة، نسب إليها التركَة،

وهي ثلاثمائة، يكون ثلاثة أخماسه، فالذي يعتق من العبد ثلاثةُ أخماس، ولو قُطِعَ يدُهُ، فنقص من قيمته خمسُونَ ديناراً ودية اليد، لو كان حرّاً يساوي مائة دينار، وترك السيد مائة دينار، فيعتق منه شيء، ويجب على السيد من الدية شيء، وقد ترك السيد مائة دينار، وهو مثل عبد وما بَطَلَ فيه العتْقُ من العبد، وهو عبد إلا شيئاً، وقد نقص منه نصفه، وهو نصْفُ عبد إِلاَّ نصف شيء، فالحاصل عبْدٌ ونصْفٌ إلا نصْفَ شيء، نسقط منه بالدية شيئاً؛ يبقَىٰ عبد ونصف إلاَّ شيئاً ونصف شيء؛ وذلك يعدل ضعف ما عَتَقَ، وهو شيئان، فبعد الجبر: عبدٌ ونصف يعدِلُ ثلاثة أشياء، ونصف شيء، فنبسطُها أنصافاً، ونقلب الاسم، فالعبد سبعةٌ، والشيء ثلاثة، فيُعْتَقُ منه ثلاثة أسباعه، وهي اثنان وأربعون ديناراً، وستة أسباع؛ يبقىٰ منه سبعةٌ وخمسونَ ديناراً وسبُعْ دينار، ولكنه نقص نصْفه، فعاد هذا الباقي إِلَىٰ ثمانية وعشرين. ديناراً، وأربعة أسباع دينار، ومع الورثة من التركة مائة، يؤدّىٰ ما وجب من الدية، وهو مثل ما عتق، يبقَىٰ خمسة وثمانون ديناراً، وخمسة أسباع دينار، وذلك ضعْفُ ما عَتَقَ.

ولو أعتق المريضُ عبداً، قيمته ستون، لا يملك غيره، فقطع أجنبيٌّ يده، ودية اليد، لو كان حرّاً مائةٌ وثمانون، ونقص من قيمته عشرة، فيعتَقُ منه شيء، ويجب على الجانِي للعَبْدِ ثلاثة أشياء، يبقَىٰ للسيد من رقبته عبد إِلا شيئاً، فيستحقُّ به نصفه، وهو نصف عبد إلاَّ نصف شيء؛ لأن خراج العبد من قيمته كخراجِ الحُرِّ من ديته، فيجتمع له عبدٌ ونصْفُ عبد إلاَّ شيئاً ونصْف شيء.

لكنَّه نقص سدُس العبد، فينقص مما كان له سُدُس عبْد إِلاَّ سدس شيء، فيعود ما عند ورثته إلى عَبْد وثلث عبد، سوى شيء وثلث شيء، وذلك يعدل شيئين، فبعد الجبر: عبدٌ وثلثُ عَبْدٍ، يعدل ثلاثة أشياء وثلث شيء، فنبسطها أثلاثاً، ونقلب الاسم، فالعبد عشرة، والشَّيْء أربعة، يعتق منه أربعة أعشار؛ يبقَىٰ للسيد ستة أعشار، يستحقُّ به ثلاثة أَعشار؛ لكنه نقص من ستة أعشار واحدٌ، فالمبلغ ثمانية أعشار، ضعْفَ ما عَتَقَ، ولو كانت قيمة العبد والدية كما ذَكَرْنا، وقتله أجنبيٌّ، وخلف العبد بنتاً وسيده المعتق [فيعتق][(١)] منه شيء، ويستحقُّ من الدية ثلاثة أشياء، يبقَىٰ للسيد عبد إلاَّ شيئاً، فيستحقُّ به مثله على القاتل؛ لأن المُسْتَحَقَّ للسيد القيمة؛ فيحصُلُ له عبد إلا شيئاً، وله نصف ما استحقه العبد، وهو شيءٌ ونصْفٌ، فيجتمع للورثة عبْدٌ ونصْفُ شيء، وذلك يعدِلُ شيئين، فنسقِطُ نصف شيء بنصف شيء؛ يبقَىٰ عبد يعدلُ شيئاً ونصف شيء؛ فالشيء ثلثا العبد، فيعتق منه ثلثاه، وهو أربعون، ويجبُ به على الجاني مائةٌ وعشْرُون، يبقَىٰ

(١) سقط في: ز.

للسيد عشرون، ويرث من المائة والعشرين شيئين، فالمبلَغُ ثمانون، ضعْفَ ما عَتَقَ.

والمسألة تتفرَّع علَىٰ توريث مَنْ بعْضُهُ رقيقٌ.

مسألة: أعتق المريضُ عبداً، فَجَنَىٰ العبْدُ علَىٰ أجنبيٍّ بقَطْع، أو قَتْلٍ، ولا مال للسيد غيره، نُظِرَ: إن كان أرش الجناية مثْلَ قيمة العبد، أو أكثر، لم يعتق منه شيء؛ لأن الأرْشَ دين يتعلق بالرقبة، والدَّيْن يتقدَّم على الوصايا، وإن كان دُونَها، كما إذا كان العبد يساوي مائة، والأرش خمسة وسبعين، فيعتق منه شيء، ويرق الباقي، والأرش يتوزَّع عليهما فحصَّة ما عَتَقَ، يتعلَّق بذمة العبد، وحصته ما رَقَّ، يؤدّي منه، إن أراد السيد التسليمَ والأرْش ثلاثة أرباع القيمة، فعلَىٰ السيد تسليمُ ثلاثة أرباع مَا رَقَّ، وهو ثلاثة أرباع عبْدٍ إلاَّ ثلاثة أرباع شيء، يبقى مع ورثته رُبُع عبدٍ إلاَّ ربع شيء، يعدل شيئين، فبعد الجَبْر: ربع عبد يَعْدِلُ شيئين، وربع شيء.

فنبسطها أرْبَاعاً، ونقلب الاسمَ، فالعبد تسعة، والشيءُ واحدٌ، فيعتق منه سبعة، ويرق الباقي، فيسلم في الجناية ثلاثة أرباعه، وهي ستة أتساع؛ يبقَىٰ مع الورثة تُسْعَانِ، ضِعْفَ ما عتق.

مسألة: أعتق عبداً قيمته ستون، وآخَرَ قيمته أربعون، ولا مَالَ له غَيْرهما، ثم قتل السيد الذي قيمته ستون، وديته لو كان حُرّاً تساوي ثمانين، فيقرع بين العبْدَيْن، فإن خرجت القرْعةُ للحيِّ، عَتَقَ ثلثه، ورَقَّ ثلثاه، ومات المقتول رقيقاً على الأظهر، وإن خرجت للمقتولِ، دَارَت المسألة؛ فيعتق منه شيء، ويرقُّ الباقي، وهو عبد إلاَّ شيئاً،[وثلثه شَيْءٍ يعدل شيئَيْن، فبعد الجَبْر ثلثا عبد يعدل ثلاثة أشياء وثلث شَيْء][1] وقد تلف ما عَتَقَ، وما رَقَّ بَقِيَ مع السيد عبْدٌ، قيمته ثلثا عبد، يُقْضَىٰ منه ديةُ ما عتق من المقتول، وهو شيء وثلث شيء؛ لأن الدية مثل القيمة، ومثل ثلثها؛ يبقَىٰ ثلث عبد إلاَّ شيئاً وثلث شيء.

فنبسطها أثلاثاً، ونقلب الاسم، فالعبدُ عَشَرة، والشيء اثنان، فيعتقُ منه عشراه، وهما اثنا عشر، وعلى السيِّد من الدية عشراها، وهما ستة عشر، يُقْضَىٰ من الحيِّ، يبقَىٰ منه أربعةٌ وعشرون، ضعْفَ ما عتق.

ولو أعتقهما، كما ذكرنا.

وَقُتِلَ الذي قيمته أربعون، وقطع يد الآخر، فنقص من قيمته عَشَرة، ودية كلِّ واحد منهما، لو كان حرّاً يساوي ثمانين، فيُقْرَع، إن خرجت القُرْعَة للمقْطُوع، عَتَقَ

---

(١) سقط في: ز، أ.

ثلثه، ورَقَّ ثلثاه، وإن خرجت للمقتول، فيعتق منه شيء، ويرق الباقي، لكنه أتلفه فالذي يَبْقَى، لورثة العبد المقْطُوعِ، وهو بعد ما نقَص مثل عبد وربع عبد، يُقضىٰ منه ما لزمه من الدية، وهو شيئان؛ لأنَّ الدية ضعْف القيمة، فيبقَىٰ عبد وربع عبْدٍ إلاَّ شيئين، يعدل شيئين، فبعد الجبر عبد وربع عبد يعدِلُ أربعة أشياء، فنبسطها أرباعاً، وتقلب الاسم، فالعبد ستةَ عَشَرَ، والشيء خمسة، فيعتق من العبد خمسةُ أجزاء من ستة عشر جزءاً، وقيمتها اثنا عشر ونصف، تركة السيد خمسون؛ يُقضَىٰ منها ما لزمه من الدية، وهو ضعف ما عَتَق؛ يبقى منها خمسةٌ وعشرون، ضعْفَ ما عتق.

مسألة: وهب المريضُ عبداً لا يملك غيره، وأقبضه، فقتل العبد الواهب خطأً، نُظِرَ: إن كانت قيمته مثل الدية، صحَّت الهبة في نصفه، ويُبَاعُ ذلك النصْف في الجناية، أو يفْدِيه المؤهُوب له، فيحْصُل لورثة الواهب قَدْر نصفه، وقد بَقِيَ لهم النصْف وهما ضعف ما صحَّت الهبة فيه، ويهدر نصف الجناية؛ لأن جناية المملوك على المَالِكِ مهْدَرة.

وإن كانتِ القيمةُ أكثر، كَمَا إذا كانَ العبد يساوِي ثلاثمائة، والدية مائة، فتصحُّ الهبة في شيء من العبد، وتبْطُل في الثاني، ويَرْجِعُ بالجنايةِ إلَىٰ ورثة السيِّدِ ثُلُثُ شيء، فيبقَىٰ معهم عبْدٌ إلا ثلثَيْ شيء، يعدل شيئين؛ فبعد الجبر عبدك يعدل[1] شيئين، وثلثي شيء.

فنبسطها أثلاثاً، ونقلب الاسمَ، فالعبد ثمانية، والشيء ثلاثة، فتصحُّ الهبة في ثلاثة أثمانِ العبدِ، وَيرْجِعُ إلى ورثَةِ الواهب ثُلُث ما صحَّت الهبة فيه، وهو ثمن، فيجتمع لهم ستَّة أَثمان، ضعْف ما صحَّت الهبة فيه.

وإن كانتِ القيمةُ أقلَّ، فإن قلنا: إن الفداء بالأقلِّ من القيمة، أَو الدية، فكذلك الجوابُ، وإن قلْنا: إنَّ الفداء بالدية، فإن كانت القيمة مثْلَ نصف الدية، أو أقلَّ، صحَّت الهبة في جميعه، فإذا فَدَاهُ، كان عندهم ضعْف ما صحَّت الهبة فيه أَو أكثر، وإن كانتْ أكثرَ من نصف الدية؛ كما إذا كانت القيمة مائتَيْنِ، والدية ثلاثمائة، فتصحُّ الهبة في شيء من العبد، ويفديه بمثله، ومثل نصفه، فيحصل للورثة عبد ونصف شيء، يعدل شيئين، فيسقط نصف شيء بنصف شيء؛ يبقى عبد يعْدِلُ شيئاً ونصْفَ شيء، فالشيء ثلثا العبْد، فصَحَّت الهبة في ثلثيه، يبْقَىٰ للورثة من الرقبة ثلث، ومن الفداء مثْل عبْدٍ، فيجتمع عبد وثلث عبد وثلث. ضعف ما صحت الهبة فيه.

فإن عفا الواهبُ عن الجناية، فالهبةُ سابقةٌ على العفْو، فيقدَّم، ثم ينظَرُ إن كانت القيمة مثْلَ نصف الدية، أو أكثرَ، بَطَلَ العفو، لأن الهبة تستغرِقُ الثلث، فلا يبقَىٰ شيء ينفذ العفْوُ فيه.

---

(١) في ز: الجبر يعدل.

وإن كانتِ القيمة أقلَّ من نصف الدية، نُظِرَ: إن سلم الموهوب له العَبْدَ، أو فداه، وقلنا: الفداء بأقلِّ الأمرين، فكذلك الجوابُ، وإن قلنا: الفداءُ بالديَةِ فالفاضلُ من الثلث عن الهبة يُصْرَفُ إلى العَفْو.

مثاله: القيمةُ مائةٌ، والدية ثلاثمائة، فتصحُّ الهبة في جميع العبد، ويصحُّ العفْو في شيء منه، ويفدى الباقي، وهو عبد إلاَّ شيئاً بثلاثة أمثاله، وهي ثلاثةُ أعبُدٍ إلاَّ ثلاثة أشياء، وذلك يعدل ضعف ما صحَّ بالهبة، والعفو، وهو عبدان وشَيْئَان، فبعد الجبر: ثلاثة أعبد تَعْدِلُ عبْدَيْنِ وخمسة أشياء، يسقط عبدين بعبدين، يبقَىٰ عبد في معادلة خمسة أشياء، فالشيء خمس العبد، فيصحُّ العفو في خُمسَه، وهو عشرون فقد صحَّت الهبة في جميعه وهو مائة، فالمبلغ مائة وعشرون، يبطُلُ العفو في أربعة أخماسه، وهي ثمانون، يفديها الموهوبُ بأربعَةَ أخماس الدية، وهي مائتان وأربعون، ضعْف ما صح فيه العفو والهبة، وهذه الصُّوَر وأوضاعُهَا لا تتناهَىٰ، فتقنع بهذا القدر واللَّهُ يَنْفَعُ به.

البَابُ الثَّالِثُ في مسائل العَيْن والدَّيْن

بناء الباب علَىٰ أن يخلف الميت عَيْناً، ودَيْناً علَىٰ بعض الورثة، أو على أجنبيٍّ، فيصيب الوارث بعض ما عليه بالإِرث، أو الأجنبيّ بعض ما عليه بوصية تُفْرَضُ له، وأول ما نذكره أن الميت، إذا لم يخلف إلاَّ دَيْناً علَىٰ بعض الورثة، فالذي عليه يبرأ من حصته، ولا يتوقَّف براءته على توفير حصَّةِ الآخرين؛ لأن المِلْك بالإرْث لا يتأخَّر والإِنسان لاَ يستحِقُّ على نفسه شيئاً.

ولو خلَّف عيناً ودَيْناً علَىٰ بعض الورثة، نُظِرَ: إن كان الدَّيْن، من غير جنس العين، أو من غير نَوْعه، فيقسَّم العين بين الورثة، فما أصاب من لا دَيْن عليه، دفع إليه، وما أصاب المديون فعند أبي حنيفة [لا يدفع إليه، ويوقف عند من لا دين علَيْه، على سبيل الرهن؛ حتى][1] يؤدي نصيب من لا دَيْنَ علَيْه، من الدين، وعندنا لا تتوقف، بل إن كان مقرّاً مَلِيئاً، دُفِعَ إليه، وإن كان جاحداً، أو مُعْسِراً، فالآخر مستحق، ظفر بغير جنس حقه، وحكمه مذكورٌ في موضعه.

وإن كان الدَّيْن من ذلك الجنسِ، وذلك النوع، كما إذا خَلَّفَ عَشَرَةَ عيناً، وعَشَرَةَ دَيْناً، على أحد ابنيه الحائزين، فجواب الأستاذ أبي منصور: أن الذي لا دَيْنَ عليه يأخذ العَشَرة، نصْفها إرثاً، ونصفْها قصاصاً، عما يصيبه من الدين، وفي كيفية القِصَاصِ: الخلافُ المذكورُ المعْرُوف.

---

(١) سقط في: ز.

قال الإمام: وهذا بعيد، والأقوال في تقاص الدينين، لا في تقاص الدَّيْن والعَيْن، بل المذهب أن الإرْثَ يثبت شائعاً في العين والدين، وليس لمن لا دَيْن عليه الاستبدادُ بالعشَرة التي هي عَيْن، إن كان المديون مقراً مليئاً؛ فإن تراضيا، أنشأ عقداً، وإن كان جَاحِداً، أو مُعْسِراً، فله أن يأخذها على قَصْد التملك؛ لأنه ظفر بجنس حقه ممن تعذّر تحصيله منه.

وإذا خَلَّف ديناً وعيناً، وأوصَىٰ بالدَّيْن لإنسان، وهو ثلث ماله، أو أقلُّ، فحقه منحصرٌ فيه، فما نَضَّ، دُفعَ إليه ولو أوصَىٰ بثلث الدَّيْن، فوجهان:

أحدهما: أن ما نضّ منه يُضَمُّ إلى العين، فإن كان ما نضّ ثلث الجميع، أو أقلّ، دُفِعَ إلى المُوصَىٰ له؛ لاحتواء يد الورثة علَىٰ مثليه.

وأصحُّهما: أنه كلما نض منه شيء، دُفِعَ إلَيْه ثلثه إلى الموصَىٰ له، وثلثاه إلى الوَرَثَةِ؛ لأنَّ الوصيَّة شائعةٌ في الدين.

إذا تقرَّر ذلك، فالدين المختلَفُ مع العَيْنِ من جنْسِهِ وَنوْعِهِ، إما أن يَكُونَ علَىٰ وارث، أو أجنبيٍّ، أو عَليْهما:

القسم الأول: أن يكُونَ على الوارث، فنصيبُهُ من جملة التركة: إما أن يكُونَ مثل ما علَيْه من الدَّيْن، أو أكثر، أو أقلّ.

الحالة الأولَىٰ: إذا كان نصيبُه مثْلَ ما عليه، فتصحح المسألةُ، وتطْرح، فما تصحُّ منه المسألة نصيبُ المديون، وتُقسَّم العين على سهام الباقين، ولا يُدْفَعُ إلى المديون شيء، ولا يؤْخَذُ منه شيء.

مثاله: زوج وثلاثةُ بنين، وترك خمسةً دَيْناً علَىٰ أحد البنين، وخمسَة عَشَرَ عَيْناً، فجملة التركة عشرون، ونصيبُ كلِّ ابنِ خمسةٌ، فما على المديون مثلُ نصيبه، فتصحح المسألة من أربعة، وتطرح منها نصيب ابن، يبقَىٰ ثلاثة، تقسم عليها العين، وهي خمسة عشر، يخرج من القسمة خمْسَة، ونصيب المديونِ، يقع قصاصاً بما عليه، هكذا أطلقوه؛ قال الإمام: وهو محمولٌ على ما إذا أوصَىٰ المديون بذلك، أو علَىٰ ما إذا كان جاحداً، أو مُعْسِراً؛ والباقون من الورثة ظافرون بحبس حقوقهم من ماله؛ فيأخذونه، ويقسمونه بينهم، وعلى ذلك ينزل الجواب المطلق في جميع هذه المسائل.

الثانية: إذا كان نصيبه أكْثَرَ مما عليه، فيقسم التركة بينهم فما أصاب المديون، يطرح منه ما عليه، ويأخذ الباقي من العَيْن.

مثاله: الدَّين في الصورة المذكورة ثلاثةٌ، والعين سبعةَ عَشَرَ، نصيب كلِّ ابن من التركة خمسةٌ، وما على المديون ثلاثة، يسقطُها من الخمسة، يبقى اثنان. يأخذهما من العين.

الثالثة: إذا كان نصيبه أقلَّ مما عليه، فَيُقَامُ سهام الفريضة، فيطرحُ منها نصيبُ المديون، وتقسم العَيْن على الباقي، فما خرج من القسمة يضرب في نصيب المَدْيُون، الذي طُرِحَ فما بلغ، فهو الذي حَيّ من الدين، والمراد من هذه اللفظة أن ما يقع في مقابلة العين من الدين، كالمستوفي في المقاصة؛ فكأنه حي من الدين فلولا المُقَاصَّة، فالدَّيْن على المفلس ميت فائت، ثم الباقي من الدَّيْن بعد الذي حي يسقط منه شيء، ويبقى شيء، يؤدِّيه المديون إِلَىٰ سائر الورثة.

والطريق في معرفة السَّاقِط والباقي؛ أن يُقَسَّم جميع التركة بين الورثة، فما أصاب المديون يُطْرَحُ مما عليه من الدَّيْن، فما بَقِيَ هو الذي يؤديه المديون، فيقسمه سائر الورثة علَىٰ ما بقي من سهام الفريضَةِ بعد إسقاط نَصِيبِ المديون.

المثالُ: الدين في الصورة المذكورة ثمانية، والعين اثنا عشر؛ يُقَسَّمُ سهام الفريضة من أَربعة، ويُطرح منها نصيبُ المديون، ويُقَسَّم العين على الباقي؛ يخرج من القسمة أربعة، نضربها في نصيب المديون هو واحدٌ، يكون أربعة، فكذلك هو الذي حَي من الدين؛ يبقَىٰ منه أربعة، تأخذ نصيب المديون من التركة، وهو خمسة، فنَطْرَحُها مما عليه يبقَىٰ ثلاثة، فالثلاثة هي التي تبقَىٰ من الدين، ويسقط واحدٌ، وتلك الثلاثة مقسومة بينهم على السهام مما يصح منه المسألة، وهي ثلاثة، وهذا إذا لم تكن وصية، فإنْ كانت؛ كما لو خلَّف ابنين، وترك عَشَرة عيناً، وعشرة ديناً، علَىٰ أحدهما، وأوصَىٰ بثلث ماله لرجُلٍ، ففيه وجهان:

أحدهما: وينسب إلى ابن سريج: أنا ننظر إلى الفريضةَ الجامِعَةِ للوَصيَّة والمِيراثَ، وهي ثلاثة، للموصَىٰ له سهم، ولكلِّ ابنٍ سهمٌ، فيأخذ المديون سهمَهُ، مما عليه، ويُقَسِّم الابن الآخر، والموصى له العَيْن نَصْفَيْن، وقد حَيّ من الدَّيْن خمسة، يبقَىٰ خمسة، للمديون ثلاثة، يبقَىٰ ثلاثة، وثلث، إذا أداها اقتسمها الابْن الآخر، والموصَىٰ له نصْفَيْن؛ ووجهه أن الإرثَ والوصية ثابتان على الشيوع، فلكلِّ واحد من الابنين والموصَىٰ له ثلُثُ الدَّين، وثلُثُ العَيْن، فيبرأ المديون عن ثلث الدَّين، ويجعل نصيبه من العين قصاصاً بثلث الدَّين، فما يستحقانه على ما بينا كيفيةَ المُقَاصَّة يَبْقَىٰ ثُلُثُ الدَّيْن لهما عليه بالسَّوِيَّة.

والثاني: وينسب إِلَىٰ أبي ثَوْرٍ: أَن الموصَىٰ له يأخذ ثلث العين، والابْنُ الذي لا دَيْنَ علَيْهِ، يَأْخُذُ ثلثها إِرْثاً، والثلث قصاصاً، فيبرأ المدْيُون عن ثلثَي الدَّين بالإِرث، والمُقَاصَّة؛ يبقى عليه ثلث الدَّين، يأخذه الموصَىٰ له، ومَالَ الأستاذُ إِلَىٰ هذا الوجه، ووجهه بأنه لو كان الدَّيْن علَىٰ أجنبيٍّ، لم يكن للموصَىٰ له من العين إلاَّ الثلث، فكذلك، إذا كان علَىٰ أحد الابنين، لكنَّ الجمهورَ أجابُوا بالأوَّل، وبه

قال [أصحاب][(١)] الرأي.

وما ذكره الأستاذ مقلوبٌ عليه، فإنَّه لو كان الدَّيْن علَىٰ أجنبيٍّ، لم يكن لأحدِ الابنين إلاَّ ثلث العين، فكذلك إذا كان علَىٰ أحد الابْنَيْن.

ولو كانت الصورةُ بحالها، إلاَّ أنه أوصَىٰ بربع ماله، فعلَىٰ الوجه الأوَّل الفريضةُ الجامعةُ من ثمانية؛ للموصَىٰ له سهمان، ولكلِّ ابنٍ ثلاثةٌ، تسقط سهام المديون، يبقَىٰ خمسة، يقسم عليها العَيْن، وهي عشرة، يخرج لكلِّ واحدٍ سهمان، فيكون للموصَىٰ له أربعة، وللابْنِ ستة، وقد حي من الدَّين، يبْقَىٰ من الدَّين أربعة، يسقط منها حصَّة المديون، وهي دِرْهَم ونِصْف؛ لأنَّ لكلِّ ابنٍ ثلاثة من ثمانية، يبقَىٰ درهمان ونصف، إذا أدَّاها اقتسمها الابن الآخر، والموصَىٰ له على خمسة؛ لهذا ثلاثة، ولهذا سهمان، فيكمل للموصَىٰ له ربُعُ المال.

وعلى الوجه الثاني: يأخذ الموصَىٰ له ربع العين، وثلاثة أرباعها للابن الذي لا دَيْنَ عليه بالإِرث، والمقاصَّة، وتبرأ ذمة المديون عن ثلاثة أرباع الدَّيْن، يبْقَىٰ عليه ربعه للموصَىٰ له، ولو كانت بحالها، إلاَّ أنه أوصَىٰ بالنصف؛ فإن لم يُجزْ الابنان ما زاد على الثلث، فكما لو أوصَىٰ بالثلث، فإن أجاز، فعلَىٰ الوجه الأول: الفريضةُ الجامعةُ من أربعةٍ، للموصَىٰ له سَهْمَان، ولكل ابنٍ سهمٌ، يأخذ الغريم سهمه مما عليه، ويقسم الابن الآخر، والموصى له العَيْن علَىٰ ثلاثة؛ للموصى له ثلثها، وللابن ثلثها، وقد حي من الابن ثلثه، وثلث يبقَىٰ ستة وثلثان؛ للمديون ربعها، يبقى خمسة، كلما أدَّى منها شيئاً، اقتسمه الابن الآخر، والموصَىٰ له ثلثاً وثلثَيْن.

وعلى الوجه الثانِي يأخذ الموصَىٰ له نصْفَ العَيْن، ونصفها للابْنِ الذي لا دَيْن عليه بالإرْث، والمقاصَّة، ويبرىء المديون عَنْ نصف الدين، يبقَىٰ عليه نصفه، للموصَىٰ له؛ وإن أجاز الابْن المدْيُون دون الآخر؛ ذكر الأستاذ تفريعاً على الوجه الأول أن نصف العين للمُوصَىٰ له، ونصفها للابن الآخر؛ كما لو كانت الوصيَّة بالثلث، وللموصَىٰ له على المديون ثلاثة وثلث، وللآخر عليه دِرْهَم وثلثان، فيحصل للمُوصَىٰ له ثمانيةٌ وثلُثٌ، وللآخر ستة وثلثان، ويسقط من الدين[(٢)] خمسة، وهو ربع الشَّرِكَة الذي يستحقُّه حيث أجاز، وتفريعاً على الوجه الثاني: أن للموصَىٰ له ثلث العين، والباقي يأخذه الذي لا دَيْنَ عليه، وللموصَىٰ له خمسة على المَدْيُون.

وأَما تفريع الوجه الثاني فبين، وأما الأول: فإِن للإمام وجهاً ينصف العين بينهما؛ بأن المسألة مبنية على المُقَاصَّة، وهي على ما ذكرنا مخصوصةٌ بحالة الإِفْلاَس، وليس

---

(١) سقط في: ز.

(٢) في ب: العين.

للمُفْلس إبطالُ حقِّ المستحق الذي للدين بنزعه، مبتدئاً كان أو مجيزاً، وكان كلُّ واحد منهما يأخذ نصْف العين، لو كانت الوصيةِ بالثلث، وإن أجاز الابْنُ الذي لا دَيْن عليه دُيُون المديون، فعلى الوجه الأول يأخُذُ الموصَىٰ له من العَيْن خمسة دراهم، وخمسة أسداس؛ لأنهما لو أجاز الأخذ، [لأخذ][1] الثلثين، ولو كانت الوصية بالثلث، لأخذ النصف، فإذا أجازا أحدهما دون الآخر، بنصف ما بَيْن النصْف والثلثين، وهو درهم وثلثان؛ فنصفه خمسة أسداس، والباقي؛ وهو أربعةٌ وسدسٌ، يأخذه الابن الآخر بالإِرث والمقاصَّة، يبقَىٰ للموصَىٰ له علَىٰ الابن المدْيُونِ درْهَمان ونصف، وللابن الآخَرَ عليه خمسة أَسداس، ويسقط عنه ستةٌ وثلثان.

وعلى الوجه الثانِي يأخذ الموصَىٰ له من العَيْن خمسة؛ لأن الذي أجاز يلزمه أن يؤدّي إِليه نصف ما عنده، وله على المديون ثلاثةٌ وثلث؛ وللابن المجيز نصفُ العين إرثاً وقصاصاً، وهو قدر حقِّه، ولو كانت بحالها إلاَّ أنه أَوصَىٰ بخمسة دراهم من ماله، حكى الأستاذُ تفريعاً على الوجه الأول: أنه يدفع إلى الموصَىٰ له من العَيْن خمسة، ويأخذ الذي لا دَيْن عليه الخمسة الباقية؛ نصفها بالإرث، ونصفها قصاصاً، عما له على المديون، ويبرأ المديون عن نصف الدَّيْن بالميراث، ومن ربعه بالقصاص، يبقىٰ عليه ربع [الدين الآخر][2]، وتوقف الإمام في هذا؛ لأن الاعتبار في الوصايا بما لها.

وإذا كان المالُ بحاله؛ حتى ماتَ، فالتركة عشرون، والخمسة ربع العشرين، فليكن الحكم، كما لو أوصَىٰ بربع ماله، ولو أوصَىٰ كذلك، لم يكن للموصَىٰ له نصْف العين، بل خمساها، كما سبق، وعلى الوَجْه الثَّاني: للموصَىٰ له ثلث العين، فيكون الباقي من الدَّيْن. ولو خلفت زوجاً، وثلاثة بنين، وخمسة دَيْناً على أحد البنين، وخمسة عشر عيناً، وهو المال المذكور أولاً، وأوصت بثلث مالِهَا.

فعلى الوجه الأوَّلِ الفريضةُ: الجامعةُ من ستة؛ للموصَىٰ له سهمان، ولكلِّ واحد من الزوج والبنين سهم، يسقط نصيبُ المَدْيُون، يبقَىٰ خمسة، يقسم عليها العَيْن، يخرج من القسمة ثلاثة، وللموصى له ستة، ولكلِّ واحدٍ منهم سوى المديون ثلاثة، وقد حي من الدَّين ثلاثة، يبقى من الدَّين درهمان، يسقط منها حصَّة المديون، وهو ثلث درهم؛ لأن لكلِّ ابن سهمان من ستة، يبقَىٰ درهم وثلثان، إذا أدَّاها، واقتسموها علَىٰ خمسة، للموصَىٰ له ثلثان، ولكلِّ واحد من الابنين والزَّوْج ثلث.

وعلى الوجه الثاني، للموصَىٰ له ثلث العين، وهو خمسة، وللزوج والابنين الذين لا دَيْنَ عليهما الباقي بالتسوية؛ لكلِّ واحد درهمان ونصف، بالإرث، وخمسة أسداس

---

(١) سقط في: ز.

(٢) في ز: ربع للآخر.

بالمقاصَّة، [ويبرأ المديون عن سدس الدَّين بالإرث، وعن درهمين ونصف بالمقاصَّة][١] يبقى عليه درهم وثلثان للموصَىٰ له.

القسم الثاني: إذا كان الدَّيْن على أجنبيٍّ؛ فيُنظَرُ: إن لم يكن وصيَّة، فالورثَةُ يشتركون في العَيْن والدَّيْن، ولا إشكال، وإن كانت، فهي إما: أن تكون لغير المديون، أو للمَدْيُون، أولهما:

إن كان لغير المديون، كما إذا خلف ابنين، وترك عشرة دراهم عيناً، وعشَرَةً ديناً على رجل، وأوصَىٰ لرجل بثلث ماله، فالابنان والموصى له يقتسمون العين أثلاثاً، وكلما حصل شيء من الدين، اقتسموه كذلك، ولو قيد الوصيَّة بثلث الدَّيْن، اقتسم الابنان العَيْن، وأما الدين، فقد سبق حكاية وجهين فيه:

أحدهما: أن الحاصِلَ من الدَّين يُضَمُّ إلى العين، ويدفع [ثلث الدين،][٢] حصل إِلَىٰ الموصىٰ لَهُ، ويشهر هذا بوجه الحَصْر؛ لأنه حصر حق الموصَىٰ له فيما يَنْجَزُّ من الدين.

وأصحُّهما: أن ما يحصُلُ من الدَّين يُدْفَع إليه ثلثه، ويشتهر هذا بوجه الشيوع، ولو أوصَىٰ، والصورة ما ذكرنا، لزيدٍ بثلثِ العَيْن، ولعمرو بثلث الدَّين، فلزيد ثلث العين، وأما عمرو، فإذا حَصَلَ من التركة خمسة، فعلَىٰ وجهِ الشيوعِ: يُدفَعُ إِلَيْه ثلثها، وهو درهم وثلثان، وعلى وجْهِ الحصْر: إن أجاز الورثة، دُفِعَ إليه من الخمسة ثلث الدين، وهو ثلاثة وثلث، وإن لم يجيزوا، لم يُدْفَعْ إليه ثلث الدين تامّاً؛ لأن الموصَىٰ له بالعَيْن قد أخذ ثلث العين، فلو أخذ عَمْرو ثلث الدين، لا يصرف إلى الورثة ستة وثلثان، ولم يحصل في يد الورثة بَعْدُ إلا ثمانية وثُلُث، وذلك دون الضِّعْف.

وإذا تعذَّر ذلك، فكم يُدْفَعُ إلى عمرو؟ قال الأستاذ أبو منصور: على تخريج أبي ثَوْر يُدفع إليه ثلث الخمسة الحاصلة، فيكون المصروف إلى الوصيَّتَيْن خمسة، وفي يد الورثة عشرة، وعلى تخريج ابن سريج: تُضَمُّ الخمسةُ إلى العشرة التي هي عين، ويُؤْخَذُ ثلث المبلغ، وهو خمسة، يضارب فيها زيد وعمرو بجزئين متساويين، فيكون حصَّة عمرو درهمين ونصف درهم، واحتج الأستاذُ بهذه المسألة على ترجيح قول أبي ثَوْرٍ؛ لأنا إذا دَفَعْنا إلى عمرو درْهَمَيْن ونصفاً، وقد أخذ زيد ثلاثةً وثلثا، وكان المبلغ خمسةَ دراهم وخمسة أسداس، وليس في يد الورثة ضِعْفُ ذلك.

قال الإمام: وجه الحصر في أوله ضعف، فليحتج بما يلزم منه من محذور على

(١) سقط في: ز. (٢) سقط في: ز.

فساده، لا علَىٰ فساد قول ابن سُرَيْج؛ علَىٰ أن القياس التفريعُ عليه علَىٰ قول ابن سُرَيْج، رد نصيب زيد إلَىٰ درهمين ونصف [أنصافاً][1]، فلا يلزم المحذور المذكور، فإن كانت الوصيةُ للمديون، فيُنْظَر فيما يستحقُّه بالوصية: أهو مثل الدين، أو أقل، أو أكثر؟ ويقاس بما ذكرنا فيما إذا كان الديْنُ على وارث، وإن كانت الوصية لهما؛ كما إذا أوصَىٰ، والصورة ما سبق، بثلث العين لزيد، وللغريم بما عليه، ورد الابنان الوصيتَيْن إلى الثلث؛ فيكون الثلث بينهما على أربعة؛ لزيد سهم، وللغريم ثلاثة.

فعلَىٰ الوجه المنسوب إلى ابن سُرَيْج، الفريضة [الجامعة][2] من اثني عشر، للوصيَّتين أربعة، وللابنين ثمانية، فيقسم زيْد والابنان العين على قدر سهامهم، وهي تسعة؛ لصاحب العين سهمٌ وتُسْع، ولكل واحد منهما أربعة، وأربعة أتساع، ويبرأ الغريم عن ثلاثة أرباع الثلث، وهي خمسة دراهم؛ يبقَىٰ عليه خمسةٌ، كلما أدَّىٰ شيئاً، جُعلَ بين زيد والابنين، وعلى تسعة، فيحصل لزيد خمسة أتساع درهم، فيتم له ربع الثلث، وهو درهم وثلثان، وللابنين أربعةٌ وأربعةُ أتساعٍ، فبلغ مالهما ثلاثة عشر درهماً وثلث درهم، وذلك ثلثا المال، ثم ليكنِ المصروفُ إلَىٰ زيد عند خُرُوجِ الدين من العين، إن كانت باقيةً.

وعلى الوجه المَنْسُوب إلى تخريج أبي ثور، لزيد ربع الثلث، وهو درهم وثلثان، يأخذه من العين، والباقي من العين للابنين، ويبرأ الغَرِيمُ من خمسة، يبقى عليه خمسة، إذا أدَّاها، فيقتسمها الابنان.

ولو خلَّف ابنين، وعشرين درهماً عَيْناً، وعشرة دَيْناً على رَجُلٍ، وأوصَىٰ للغريم بما عليه، ولزيدٍ بعَشَرة من العين، ولم يجز الابنان ما زاد على الثلث، فيجعل الثلث بينهما نصفين، ثم حكى الأستاذ فيه وجهَيْن عن ابن سُرَيْج:

أصحهما: أن الفريضة الجامعةَ من ستة؛ للوصيتين اثنان، وللابنين أربعةٌ، فيقسم زيد والابنان العشرين علَىٰ قدر سهامهم، وهي خمسة؛ فَيَحْصُل لزيد أربعة، ولكلِّ ابنٍ ثمانيةٌ، ويبرأ الغريم عن نصف الثلث، وهو خمسة، يبقَىٰ عليه خمسة، إذا حَصَلَ منها شيء، جُعِلَ بينهم أخماساً حتى يتم لزيد خمسة، ولهما عشرون.

والثاني: أنه يُدْفَعُ إلى زيد من العين نصف وصية، وهو خمسة، ويبرأ الغريم من نصف ما علَيْهِ وهو خمسه، [وللابنين بَاقِي العَيْن][3]، وهو خمسةَ عَشَرَ، ويقتصان باقي الدَّيْنِ، وهو خمسة؛ لأن في أيديهما من العَيْن ضعفَ ما أُخِذَ منهما والدَّيْن لم يؤخذ

(١) في ز: أيضاً.
(٢) سقط في: ز.
(٣) سقط في: ز.

منهما، وإنما برىء الغريمُ مما عليه، قال الإمام: وهذا الوجّهُ علَىٰ ضعفه يجْرِي فيما سَبَقَ.

القسم الثالث: إذا كان الدين على وارث وأجنبي [كما إذا خلف ابنين وترك عشرة عيناً وعشرة ديناً على أحدهما وعشرة ديناً على أجنبي][1] وأوصى بثلث ماله؛ فعلى قياس تخريج ابن سريج الفريضة الجامعة من ثلاثة، يُجعل سهم للمديون ما عليه، ويقتسم الابن الآخر والموصىٰ له العين، نصفين. وإذا حصّل ما على الأجنبي اقتسماه كذلك وعلى الوجه الثاني، يأخذ الموصى له ثلث العين، والباقي للابن الذي لا دين عليه [ويبرأ الابن المديون عما عليه وإذا حصل ما على الأجنبي أخذ الموصى له ثلثيه والابن الذي لا دين عليه ثلثه][2].

فرعٌ: ترك عشرةً دَيناً علَىٰ أحد ابنيه الجائزين، وعرضاً يساوي عشرة، وأوصَىٰ بثلثه، فلكلِ واحدٍ من الابنين والموصَىٰ له ثلث الدَّيْن، وثلث العرض، فيبرأ المديون عن ثلث الدَّين، ويُؤْخَذُ منه ثلثا الدَّيْن لهما، فإن لم يملك إلا ثُلُث العرض أعطاهما ذلك عن حقِّهما، فإن لم يفعل باعه الحاكم، ودفع الثمن إلَيْهما.

ولو ترك عشرةً علَىٰ أحدهما، وعبداً يساوِي عَشَرة، وثوباً يساوي عَشَرة، فهَلْ يمنع المديون من التصرُّف في حقِّه من العين؛ حتَّى يؤدِّيَ نصيب أخيه من الدَّيْن، أم هو مطلق اليد فيه؟ حكى الأستاذ أبو مَنْصُورٍ فيه وجهَيْن، وَقَضَىٰ على الوجّهَيْنِ بِنُفُوذِ إعتاقه في نصف العبد، لكن إذا قلنا: إنَّه ممنوعٌ من التصرُّفِ، بيعَ نصيبُهُ من الثوب، ودُفِع ثَمنه إلَىٰ أخيه عن جهة الدَّيْن، ويُرَقُّ نصْفُ العبد له، وإن أطلقنا يده، فإن كان موسراً، قَوَّمنا عليه الباقي، فإن لم يملك إلاَّ نصيباً من الثوب، بِغناه، وقضينا بنصف ثمنه، بنصف ما عليه لأخيه، وأعتقنا بنصفه رُبعِ العبد، ويرق ربعه، كأنا إذا أنفذنا تصرُّفه، جعلنا إعتاقه مُلْزِماً غرم التقويم، فيُضَمُّ ذلك إلَىٰ ما عليه من الدَّيْن، فيوزَّع ما يملكه عليهما، وإن لم ينفذ تصرُّفه، لم تعتبره في غرم التَّقْويم، وكان يجُوزُ أن يلحق إعتاقه بإعتاق الراهِنِ، إذا معناه من التصرُّف؛ حتى يجيء في عتق نصْفه الخلافُ، وهذا وقتُ العَوْد إلَىٰ شَرْح الكتاب.

البَابُ الثَّالِثُ فِي الرُّجُوعِ عَنِ الوَصِيَّة

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَيَصِحُّ الرُّجُوعُ عَنْهَا قَبْلَ المَوْتِ لِأَنَّهُ جَائِزٌ لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ القَبْضُ، وَلِلرُّجُوعِ أَسْبَابٌ: أَوَّلُهَا: صَرِيحُ الرُّجُوعِ كَقَوْلِهِ: نَقَضْتُ وَرَجَعْتُ وَفَسَخْتُ وَهَذَا

---

(١) سقط في: ز.
(٢) سقط في: ز.

لِوَارِثِي، فَلَوْ قَالَ: هُوَ تَرِكَتِي فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَيْسَ بِرُجُوعٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يجوزُ للموصِي الرجوعِ عن الوصية؛ لأنه عقد تبرُّع، لم يتصل القبْض به، فأشبه الهبة قبل القبض، وأيضاً: فإن القبول المعتبر في الوصية، إنما هو القَبُول بَعْد المَوْت، وكلُّ عقد لم يقترن بإيجابه القبول المعتبر، فللموجب فيه الرجوع، وقد رُوِيَ عن عُمَرَ ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: «يُغَيِّرُ الرَّجُل عَنْ وَصِيَّتِهِ ما شاء»[1].

وعن عائشة ـ رضي الله عنها ـ مثله[2].

وكما يجوز الرجُوعُ عن جميع الوصية، يجوز عن بعْضِها، كما لو أوصَىٰ لعبد، ثم رجع عن نصفه ويعم جواز الرجوع كل تبرع معلَّق بالموت؛ كقوله: إذا متُّ، فلفلان كذا، ما دفعوا إليه، أو عبْدي، أو فهو وقف تَعَمْ في الرجوع عن التَّدْبِيرِ صريحاً خلافٌ يُذْكَرُ في بابه، ولا رجوع عن التبرعات المنجَّزة في المرض[3]، وإن كان في الاعتبار من الثلث؛ كالمعلقة بالموت، ثم الرجوع يَحْصُل بطرق:

منْهَا: أن يقول: نقَضْتُ وصيتين، أو أبطلْتُها، أو رددتُها، أو رفعْتُها، أو فسَخْتُها، أو رَجَعْتُ عنها: ولو سُئِلَ عن الوصية، فأنكرها كان رجوعاً علَىٰ ما مر في جحود الوكالة[4]، ولو قال: لا أدري، لم يكن رجوعاً؛ خلافاً لأبي حنيفة، فيما حكاه الأستاذ أبو منصور، وأشار إلَىٰ خلاَفِ الأصحاب، فيما إذا قال: هو حرامٌ على الموصَىٰ له، والمشهورُ أنه رجوعٌ، كما لو حرَّم طعامه على غيره، لم يكن له أكله، ولو قال: هذا لو أرِثِي بعد موتي، أو هو ميراثٌ عني، حَصَلَ الرجُوعُ؛ لأنه لا يكون

---

(١) قال الحافظ: رواه ابن حزم من طريق الحجاج بن منهال عن همام عن قتادة، عن عمرو بن شعيب عن عبد الله بن أبي ربيعة: أن عمر قال: يحدث الرجل في وصيته ما شاء، وملاك الوصية آخرها.

(٢) قال الحافظ: رواه الدارقطني والبيهقي من طريق القاسم عنها قالت: ليكتب الرجل في وصيته إن حدث بي حدث قبل أن أغير وصيتي هذه.

(٣) لا خفاء أن هذا في غير الهبة لولده فإن الهبة لولده يجوز له الرجوع فيها، وعن القاضي الحسين والإمام وغيرهما أن الوصية تفارق العطايا المنجزة من ثلاثة أوجه: أحدها: أن الوصية تقبل الرجوع والعطايا المنجزة في المرض لا تقبل الرجوع.
ثانيها: أن الوصايا لا يملكها الموصى له إلا بعد الموت، ولا ينفذ تصرفه قبله، والعطايا المنجزة في المرض يملكها المتبرع عليه، وينفذ تصرفه.
ثالثها: أنهما إذا اجتمعا وضاق الثلث قدم المنجز على الوصية؛ لأنه ناجز وهي موقوفة.

(٤) وقضيته التفصيل بين أن يكون الانكار بالنسيان أو لغرض في الاخفاء وصحح بقاء الوصية، وعبارة الشيخ تفهم القطع بأنه رجوع مطلقاً.
قال في الخادم: وعبارة الروضة توافق منقول الأُستاذ ثم ساق لفظه.

للوارث، إذا انقطع تعلُّق الموصى له عنه، هكذا قيل.

لكن سنذكر: أنه إذا أوصى بشيء لزيد، ثم أوصَىٰ به لعمرو، ولم يكن رجوعاً، بل يشترك بينهما، وكان يجوز أن يقدر التشريك ها هنا أيضاً. ويقال ببطلان نصف الوصية، ولو قال: هو تركتي فوجهان؛

أحدهما: أنه رجوع؛ إذ التركةُ للورثة.

وأظهرهما: لا؛ فالوصيَّة من التركة.

وقوله في الكتاب: «لأنه جائز لم يتصل به القبض» لا يكاد يفسر العقد الجائز إلاَّ بما يجُوزُ إبطاله، والرجوع عنه؛ وحينئذٍ: فلا يحسن تعليل جواز الرجُوعُ به، فليجعل كنايةً عن التبرع، أو ما أشبهه.

وقوله: «وللرجوع أسباب» سبيل ضبْطِها، علَىٰ ما ذكره: أن ما يحْصُلُ به الرجوع: إما قول، أو فعل: والقول ينقسم إلَىٰ لفظٍ يستعمله الموصي لغرض الرجوع، وإلى لفظٍ يستعمله لغَرَضٍ آخر، لكن يقع من لوازمه الرجوع، وإلَىٰ غيرهما:

والفعل ينقسم إلَىٰ ما يشعر [بقصد] التصرُّف الذي يقع من لوازمه الرجوع، وإلَىٰ ما يبطل اسم الموصَىٰ به، وإلى غيرهما:

والثالث مِنْ كل نوعٍ لا أثر له، بقي القسمان الأوَّلاَن منْ كُلِّ نوع، وهي الأربعة المذكورة في الكتاب.

ولا ينبغي أن يُحْمَلَ قوله: «صريح الرجوع» على اللفظ الدالِّ على الرجوع بالوضع؛ لأنه عَدَّ من هذا القبيل قوله: «هذا لوارثي» معلوم أنه غير موضوع للرجوع، بل صريحُ الرجوع محمُول على ما لا يقصد استعماله، إلاَّ الرجوع، وما يتضمن الرجوع؛ على ما يقصد به غير الرجوع، إلاَّ أنه يلازمه الرجوع، كما سبق، ولا بأس بأن يفسر لفظُ الرجوع في قوله: «وللرجوع أسباب» بالبطلان والانتقاص؛ لأنه أدرج في مسائل الباب انهدامَ الدَّار الذي لا فِعْل للموصى فيه، ولا اختيار، ومثل هذا لا يجوز أن يُعَدَّ رجوعاً منه، لكن يجوز أن يؤَثِّر في البطلان.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الثَّانِي: مَا يَتَضَمَّنُ الرُّجُوعَ؛ كَالبَيْعِ وَالعِتْقِ وَالكِتَابَةِ وَالاسْتِيلاَدِ وَالوَصِيَّةِ بِهَا فَإِنَّ ذَلِكَ ضِدُّ الوَصِيَّةِ، أَمَّا إِذَا أَوْصَىٰ بِعَبْدٍ لِزَيْدٍ، ثُمَّ أَوْصَىٰ بِهِ لِعَمْرٍو فَهُوَ تَشْرِيكٌ بَيْنَهُمَا كَمَا لَوْ قَالَ: أَوْصَيْتُ لَهُمَا، وَلَوْ قَالَ: الَّذِي أَوْصَيْتُ بِهِ لِزَيْدٍ فَقَدْ أَوْصَيْتُ بِهِ لِعَمْرٍو فَهُوَ رُجُوعٌ، وَلَوْ أَوْصَىٰ بِثُلُثِ مَالِهِ وَبَاعَ جَمِيعَ مَالِهِ لَمْ يَكُنْ رُجُوعاً لِأَنَّ الثُّلُثَ المُرْسَلَ لاَ يَنْحَصِرُ فِي العَيْنِ الحَاضِرَةِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِزالة المِلْكِ عن الموصَىٰ به بالبيع، أو الإِصداق، أو الإِعتاق، أو جَعْله أجرةً في إِجازة، أو عوضاً في خلع، رجوعٌ عن الوصيَّة؛ لأنه نافذ التصرُّف فيه؛ لمصادفته خالِصَ ملكه؛ والوصيَّة تمليكٌ عند الموت، فإذا لم يبْقَ في ملكه ما تنفذ الوصية فيه، بطَلَتْ؛ كما لو هلك الموصَىٰ به.

والهبة مع القبض رجوعٌ أيضاً، ودون القبض وجهان:

أصحُهما: أنها رجوعٌ، لظهور قصد الصرْف عن الموصَىٰ له، والرهن كالهبة، لهذا المعنَىٰ، وفيه وجه: أنه لَيْسَ برجوع؛ لأنه لا يزيل الملك، وإنما هو نَوْعُ انتفاع؛ كالاستخدام، والكتابةُ رجوع، وكذا التدبير؛ لأنه أقوَىٰ من الوصية؛ ألا ترَىٰ أنه لا يحتاج إلى القَبول، والوصيَّة تحتاج؟ وقيل: إنْ جعلنا التدبير وصيةً، فهو كما لو أوصَىٰ بمال لزيد، ثم أوصَىٰ به لعمرو، فيصير نصفه مدبَّراً، وتبقى الوصية في نصفه.

ولو أوصَىٰ بالبيع، أو غيره مما هو رجوعٌ، فالمشهُور المنصُوصُ أنه رجوعٌ عن الوصية الأولى لما مر وحكى أبو الفرج الزاز وجهاً أنه كما لو أوصَىٰ لزيد، ثم أوصَىٰ لعمرو؛ لأن كليهما وصية، وفرَّق صاحب الكتاب في «الوسيط» بين الصورتَيْن؛ بأن الموصَىٰ به ثانياً ها هنا ليْسَ من جنس الأول؛ حتَّىٰ يحمل على التشريك، ولذلك لا ينتظمُ الجَمْع بينهما في صيغة التشريك؛ بأن يقول: «أوصيتُ به لفلان»، وأعتقوه؛ بخلاف قوله: «أوصيت به لهما» لكن هذا غير مُجْدٍ لما سَنَذْكُر أنَّ معنَىٰ قوله: «أَوْصَيْتُ لهُمَا به، أوصيت بالنصف لهذا، أَوِ بالنصف لهذا» فالجمع هكذا منتظم مع اختلاف الجنس؛ بأن يقول: «أوصيت بنصفه لفلان، وبإعتاق نصفه».

والوجهان أوردَهُما أبو بكْر الشاشِيُّ صاحب المُعْتَمَدِ، فيما إذا أوصَىٰ بعبد لإنسان، ثم أوصَىٰ بعتقه، فعلَىٰ وجه: يُعْتَقُ، وتبطُلُ الوصية الأولى، وعلَىٰ وجه يُعْتَقُ نصفه، ويدفع إلى الموصَىٰ له نصُفُه.

ولو أوصَىٰ بعتقه، ثم أوصَىٰ به لإنسان، فالقياس أن يُصْرَفُ إلى الموصَىٰ له علَى الأول، وأن ينصف على الثاني، لكنه قال: أحد الوجهين: أنه يتعيَّن العتق، وتبطل الوصية الثانية، والثاني التنصيف، والتوكيل بالتصرُّفات المذْكُورة، كالوصية بها.

واستيلادُ الجارية الموصَىٰ بها رجوع؛ لخُرُوجِها عن قبول النقل، ولو أقر بأن العبد الموصَىٰ به مغصُوبٌ، أو حُرّ الأصل أو قال: كنت أعتقته.

قال الأستاذ أبو منصور: تبطُلُ الوصية، وذكر أنه لو باعه، ثم فسخ بخيار المجْلِس، فإن قلنا: إن الملك يزُولُ بنفس العقد، يحصل الرجوع، وإِن قلْنا: يحصل بانقطاع الخيار، فلاَ.

ولك أن تقول: علَىٰ كلِّ حال هو أقوى من الرهن والهبة، قبل القبض، فإذا كان الظاهر فيهما حصول الرجوع، فها هنا أولَىٰ، وتعليق العتق رجوعٌ، لتنجزه، قاله العبَّادِيُّ في «الرقْم» ويشبه أن يجيء فيه الخلافُ المذكور فيما لا يزيل الملك.

وإذا أوصَىٰ بعين مال لزيد، ثم أوصَىٰ بها لعمرو، ففي «التتمة» وجهٌ: أن الوصية الثانية رجوعٌ عن الأولى كما لو وهب مالاً من زيد، ثم وهبه من عمرو قبل القبض، والمذهب المنصوص المشهور: أنها ليست برجوع، وبه قال أبو حنيفة، ومالك، وأحمد رحمهم الله، ووجَّهوه بأنه يجوز أنه قصد الجمع والتشْرِيكَ دون الرُّجُوع، فيشرك بينهما، وتنزل الوصيتان منزلةَ ما لَوْ قال دُفْعَةً واحدةً: «أوصيتُ به لهما» وليس ما ذكروه من جَوَازِ قَصْد التشريك من جهةِ اقتضاءِ اللَّفْظ التشريك، كما يقتضيه قَوْلُهُ: «أوصيت به لهما» أَلاَ ترَىٰ أَن الأَصحابَ قَالُوا: إِذا قال: أوصيتُ لكما بهذا العبد» فرد أحدهما، لم يكن للآخَرِ الاَّ نصفه؛ لأنه لم يوجِبْ له إِلاَّ النِّصْف؟ [ولو أوصى به لزيد ثم أوصى به لعمرو][1] ها هنا إِذا ردَّ أحدهما كان للآخَر أخذ الكل، ولو أوصَىٰ به لأحدهما، ثم أوصَىٰ بنصفه للآخر، فإنْ قبلاه فثلثاه للأول، وثلثه للثاني، وإن رَدَّ الأول، فنصفه للثاني، وإن ردَّ الثاني، فكلُّه للأول[2]؛ فظهر أن اللَّفظ لا يقتضي التَّشْريك، ولكنَّ وجهه أنه لما أوصَىٰ لهذا بَعْدَ ما أوصَىٰ لذاك، فكأنه أراد أن يشرك بينهما؛ لأنه ملك كلِّ واحد منهما جميع العبد عند المَوْت، ولا يمكن أن يكون جميعه لكلِّ واحد منهما، فيتضاربان فيه، كما لو أوصَىٰ بجميع ماله لزيد، ثم أوصَىٰ بجميعه، أو ثلثه لعمرو.

---

(١) سقط في: ز.

(٢) ادعى في المهمات أن ما ذكره الشيخان هنا غلط بل الصواب الجاري على القواعد أن للأول ثلاثة أرباعه، وللثاني: الربع، وأراد بالقواعد مسائل التزاحم كما إذا أوصى لزيد بعين ثم أوصى بها لآخر فإنهما يشتركان فيها، وهذا يقتضي أن التزاحم إنما وقع في النصف خاصة فينفرد الموصى له بالنصف، ويشتركان في النصف الآخر وصرح بهذا القاضي الحسين في فتاويه.

قال في الخادم: لكن يعارضه قاعدة الباب وهو العول ولا يصير إلحاقها بمسألة الاشتراط فإنه ليس هناك معنى يلحظ ثم نقل عن نص الأم في اختلاف العراقيين في باب اليمين وإذا أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بماله فالثلث بينهما على أربعة لصاحب الثلث واحد ولصاحب الكل ثلاثة وذكر البويطي مثله، وهذا موافق لكلام الشيخين، والمبادرة إلى دعوى غلط الشيخين عجيب خصوصاً والمسألة من منصوصات الشافعي وتقريرها على قاعدة العول أن مجموع الكل والنصف ثلاثة أنصاف فهي بمنزلة عول الستة إلى تسعة فيعطى لصاحب الكل الثلثان ولصاحب النصف الثلث.

وعن القفال في فتاويه والشيخ أبي زيد أنه لو أوصى بجميع داره لرجل، ولآخر بثلثها قسمت بينهما أرباعاً ويفارق ما لو أقام بينة بملك كل الدار، وأقام آخر بينة بثلثها، وهي في يد ثالث قضى بالثلثين لمدعي الكل وقد تعارضت البينتان في الثلث، فإن قلنا: بالقسمة جعل سدسها لمدعي ثلثها وباقيها لمدعي الكل.

وعلَىٰ هذا: فقوله في الكتاب: «فهو تشريك بينهما» معناه أن حُكْمَنا فيه التشريك، كما لو قال: أوصَيْتُ به لهما؛ إلاَّ أن قضية اللفظ التشريكُ، ولو قال: الذي أوصيتُ به لزيد، فقد أوصيت به لعمرو، أو قال: [لعمرو][1] أوصيتُ لك بالعبد الذي أوصيْتُ به لزيدٍ، فهو رجوع؛ لإشعاره الظاهِرِ بالرجوع، وفيه وجه؛ أنه ليس برجوع، كالصورة السابقة.

وفرقوا علَىٰ المذهب؛ بأنَّ هناك يجوز إرادة التشريك؛ كما بيَّنَّا، ويجوز أنه نسي الوصية الأولَىٰ، فاستصحبناها بقدر الإمْكان، وها هنا بخلافه، ولو أوصَىٰ به لزيدٍ، ثم قال: بيعُوه، واصرفوا ثمنه إلى الفقراء، فهو رجوعٌ؛ بناءً على ما سبق؛ أن الوصية بالبيع رجوعٌ عن الوصية للشَّخْص، ولو أوصَىٰ ببيعه، وصرف ثمنه، إلى الفقراء، ثم قال: بيعُوهُ، واصرفوا ثمنه إلى الرقاب، جُعِلَ الثمنُ بين جهتين؛ لأن الوصيتين متفقتان عَلَى البيع.

وإنما الزحمة في الثمن، ولو أوصَىٰ له بدار، أو بخاتم، ثم أوصَىٰ بأبنية الدار، وبفَصّ الخاتَم لآخر، فالدار أو الخاتم للأول، والأبنيةُ والفَصُّ بينهما؛ تفريعاً على المذهب المشهور.

ولو أوصَىٰ له بدار، ثم أوصَىٰ لآخر بسكناها؛ أو بعبد، ثم أوصَىٰ بخدمته لآخر، نقل الأستاذ أبو منصور: أن الرقبة للأول، والمنفعة للثاني، وكان يجوز أن يشتركا في المنفعة؛ كما في الفصِّ والأبنية.

وهذا كلُه في الوصية الواردة علَىٰ مال معيَّن، فأما إذا أوصَىٰ بثلث ماله، ثم تَصَرَّفَ في جميع ما يملكه ببيع، أو إعتاق، أو غيرهما، لم يكن رجوعاً، وكذلك لو هلك جميعُ ماله، لا تبطُلُ الوصية؛ لأن ثلث المال مطلقاً لا يختصُّ بما عنده من المال حَالَ الوصية، بل المعتبر ما يملكه عندَ الموت زاد، أو نقص، أو تَبَدَّلَ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّالِثُ: مُقَدِّمَاتُ هَذِهِ الأُمُورِ كَالعَرْضِ عَلَى البَيْعِ، وَمُجَرَّدُ الإِيجَابِ فِي الرَّهْنِ والهِبَةِ رُجُوعٌ فِي أَظْهَرِ الوَجْهَينِ لِدَلاَلَتِهِ عَلَىٰ قَصْدِ الرُّجُوعِ، وَتَزْوِيجُ العَبْدِ وَالأَمَةِ، وَإِجَارَتُهُمَا، وَخِتَانُهُمَا، وَتَعْلِيمُهُمَا لَيسَ بِرُجُوعٍ، وَالوَطْءُ مَعَ العَزْلِ لَيسَ بِرُجُوعٍ، وَمَعَ الإِنْزَالِ دَلِيلٌ عَلَىٰ قَصْدِ الرُّجُوعِ فَإِنَّهُ تسرٍّ، وَلَوْ أَوْصَىٰ بِمَنْفَعَةِ سَنَةٍ، ثُمَّ آجَرَ سَنَةً وَمَاتَ فَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ إِنْ بَقِيَ مِنْ مُدَّةِ الوَصِيَّةِ شَيْءٌ عِنْدَ انْقِضَاءِ الإِجَارَةِ سُلِّمَ إِلَىٰ المُوصَىٰ لَهُ بَقِيَّةَ السَّنَةِ، وإِلاَّ فَلاَ شَيْءَ لَهُ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَسْتَأْنِفُ لَهُ سَنَةً كَامِلَةً بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةِ الإِجَارَةِ.

---

(١) سقط في: ز.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مسائل:

إحداها: في [أن] التوسُّل إلى الأَمر الذي يَحْصُلُ به الرجوع، هل يكون رجوعاً؟

مثاله: العرض على المبيع؛ فيه وجهان؛ كالوجهين في التوكِيل بالبيع، والأظهرُ أنه رجوعٌ، وكذا العَرْضُ على الهبة، ويجري الوجهان في مجرَّد الإِيجاب في الرهن، والهبة، والبيع.

الثانية: تزويجُ العبد والأمة الموصَىٰ بهما، وإجارتهما [وختانهما،](١) وتعليمهما: ليس برجوع، وكذلك الإِعارة، والإِذْنُ في التجارة، والاستخدام وركوب الدابة، ولبس الثوب؛ لأن هذه التصرفات لا دلالة لها على الرجوع بل هي: إما انتفاع، وله المنفعة بالرقبة قبل الموت، وإما استصْلاَحٌ محض، وربما قَصَد به إِفادةَ المُوصَىٰ له.

واعلم أن هذه المسألة لاَ اختصاصَ لها بهذا المَوْضِع، وكان الأحسن أن يذكر أسباب الرجوع بتمامها، ثم يذكر ما ليس برُجُوع.

الثالثة: وطء الجارية الموصَىٰ بها مع العَزْل ليس برجوع؛ كالاستخدام، وإن أنزل الماء في الفرج، ولم يعزل؟ ففيه وجهان؛ قال ابن الحدَّاد: هو رجوع، لأن الظاهر أنه أراد الإيلاد، والتسرِّي، فكان كالعَرْض على البيع، وسائر ما يدلُّ على الرجوع، واستشهد علَىٰ هذا بأن الشافعيَّ ـ رضي الله عنه ـ قال: في «الإملاء»: لو خلف ألا يتسرَّى، فوطىء جاريةً من جواريه، وعزل، لم يحنَثْ، وإن لم يعزل، حنث؛ لأنه قد طلب الولد، وطلب الولد هو التسرِّي، وهذا ما أورده صاحِبُ الكتاب.

وقال أكثرهم: لا يكون رجوعاً، ولا اعتبار بالعزل وتَرْكِهِ، فقد ينزل ولا تَحْبَلَ، وقد يعزل، فيسبق الماء، وربما اعتذروا عن العَرْض على البيع ونحوه؛ بأن اقتضاء العَرْض على البيع إلى البيع أَظْهَرُ وأقرب من إفضاء الوطء إلى الولد.

وأما مسألة اليمين، فعن ابن سُرَيْج في التسرِّي ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لو وطىء من غير عزل على ما ذكره ابن الحَدَّاد.

والثاني: أن التسرِّيَ هو مجرَّد الوطء.

والثالث: أنه الوطء مع المنع من الخروج، وعلى هذين الوجهين: لا فَرْقَ بين أن يَعْزِلَ أو لا يَعْزِلَ.

الرابعة: إذا أوصى بمنفعة عبد، أو دار سنةً، ثم أجَّر الموصى به سنةً مثلاً. نُظِرَ:

---

(١) سقط في: ز.

إن مات بعد انقضاء مدة الإجارة، فالوصية بحالها، وإن مات قبله، فوجهان:

أرجحهما: على ما يقتضيه إيراد الكتاب وغيره [أنه][(١)] إن انقضت مدة الإجارة قبل انقضاء سنة مِنْ يَوْمِ الموت [فالمنفعة بقيَّة السَّنة للموصَىٰ له، ويُبْطُلِ الوصيَّة فيما مضَىٰ، وإنِ انقضَتْ بعْد انقضاء سنة من يَوْم المَوْتِ][(٢)] فالوصية باطلةٌ؛ وذلك لأن المستحق للموصَىٰ له منفعة السنة الأولَىٰ، فإذا انصرفَتْ منفعتها إلى جهة أُخرَىٰ، بطلَتِ الوصيَّة.

والثاني: أنه يستأنف للموصَىٰ له سنة من [يوم][(٣)] انقضاء مدة الإجارة، لأن الوصيَّة بمنفعة سنة، وإنما يُصْرَفُ إليه السنة الأولَىٰ مبادرة إلى توفية الحق، فإذا منع منه مانع، تداركْنا بسَنَةٍ أخرى، فإن كان الموصِي قد قيد وصيَّته بالسنة الأولَىٰ وجب ألا يجيء الخلافُ، ثُمَّ قضية التوجيهين: أن يُقَالَ: لو لم يسلِّم الوارث [حتى انقضت سنة][(٤)] بلا عُذْر، فعلى الوجْه الأوَّل يغرم قيمة المنفعة، وعلى الثاني: يسلِّم سنة أخْرَىٰ.

وقوله في الكتاب: «إنْ بقي من مدة الوصية شيْء» يعني به سنة من يوم الموت، لكن هذه اللَّفظة تتفرع على أنَّ المستحَقَّ بالوصيَّة منفعةُ السَّنة الأولَىٰ، وصاحب الوجّه الثَّاني لا يسلِّمُه، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الرَّابِعُ: مَا يَبْطُلُ بِهِ آسْمُ المُوصَىٰ بِهِ، كَمَا لَوْ أَوْصَىٰ بِحِنْطَةٍ فَطَحَنَهَا، أَوْ دَقِيقٍ فَعَجَنَهُ، أَوْ غَزْلٍ فَنَسَجَهُ، آنْفَسَخَتِ الوَصِيَّةُ، وَلَوْ أَوْصَىٰ بِخُبْزٍ فَجَعَلَهُ فَتِيتاً، أَوْ بِلَحْمٍ فَقَدَّدَهُ، أَوْ بِرَطَبٍ فَجَفَّفَهُ، أَوْ بِقُطْنٍ فَحَشَا بِهِ الفِرَاشَ، أَوْ بِدَارٍ فَآنْهَدَمَتْ حَتَّىٰ بَطَلَ آسْمُ الدَّارِ، أَوْ بِعَرْصَةٍ فَبَنَىٰ فِيهَا أَوْ غَرَسَ، أَوْ بِثَوْبٍ فَقَطَعَهُ قَمِيصاً، أَوْ بِخَشَبٍ فَآتَّخَذَهُ بَاباً، أَوْ بِشَيْءٍ وَنَقَلَهُ مِنْ مَوْضِعِ المُوصَىٰ لَهُ إِلَىٰ مَكَانٍ بَعِيدٍ فَفِي الكُلِّ وَجْهَانِ، فَأَمَّا إِذَا أَوْصَىٰ بِصَاعِ حِنْطَةٍ، فَخَلَطَهَا بِغَيْرِهَا كَانَ رُجُوعاً، وَإِنْ أَوْصَىٰ بِصَاعٍ مِنْ صُبْرَةٍ، فَصَبَّ عَلَيْهَا صُبْرَةً مِثْلَهَا، لَمْ يَكُنْ رُجُوعاً؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ لَمْ تَدْخُلْ فِي الوَصِيَّةِ، وَإِنْ كَانَ أَرْدَأَ فَوَجْهَانِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا أوصَىٰ بحنطة، فطحنها، أو اتخذ منها سويقاً، أو بذَرها، أو بدَقِيقٍ، فعجنه بَطَلتِ الوصيةُ، وكان ما أتى به رجوعاً منه؛ لمعنيين.

---

(١) سقط في: ز.
(٢) سقط في: ز، أ.
(٣) سقط في: ز.
(٤) سقط في: ز.

أحدهما: أن اسم الموصَىٰ به قد بَطَلَ قبل استحقاق الموصَىٰ له، وكانت الوصيةُ متعلِّقة بذلك الاسم، فإذا بَطَلَ، بَطَلَ الاستحقاق.

والثاني: أن الوصيَّة تمليكٌ بعد الموت، فلو كان علَىٰ قصده الأوَّل، لاستدام الموصَىٰ به، وهذه التصرُّفات مشعرةٌ بالصَّرْف عنه، فإن الحنطة تُطْحَنُ، والدقيق يُعْجَنُ للأكل، والاستهلاك.

ونسب الشيخ أبو حامد المعْنَى الأول إلى الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ والثانِي إلَىٰ أبي إسحاق ـ رحمه الله ـ وليس [بطلان الوصية][1] ببطلان الاسم واضحاً كلَّ الوضوح؛ ألاَ ترَىٰ أن العصير المرهون، إذا تخمَّر وتخلل قَبْلَ القبض، لا يبطل الرهن فيه علَىٰ رأي؟ بل يكون الكل مرهوناً مع بطْلاَن الاسم، والرهْنُ قبل القبض والوصية متقاربان، ثم قضيَّته أنْ يُفَرِّق بين قوله: «أوْصَيْتُ بهذا الطعام» وبين أن يقول: «أوصيت بهذا» ويقتصر عليه، أو يقول: «أوصيتُ بما في هذا البيت» ولو عرضت الأحوال المذكورة من غير إذْن الموصِي، فقياس المعنى الأوَّل بطلانُ الوصية، وقياس الثاني بقاؤُها وقد نصَّ الأئمة علَىٰ وجهين في بعضِها، والباقي ملحق به، وألحقوا بهذا الصورة، إذا أوصى بشاةٍ، فذبحها، أو بعجينٍ فخبزه، لكن خبز العجين ما ينبغي أن يكون كعجين الدقيق، فإن العجينَ يَفْسُدُ، لوْ تُرِكَ، فيحتمل أنه قصد الاستصلاحَ، والحَفْظَ على الموصَىٰ له.

وألحق أبو الحسنِ العبَّادِيُّ بها ما إذا أوصَىٰ بجلد، فدبغه، أو ببيض، فاحضنه الدَّجَاج، ولك أن تقول: قياسُ المعنى الأول ألا يكون الدبْغُ رجوعاً؛ لبقاء الاسم، وكذا الإحضان إلَىٰ أن يتفرَّخ، ثم الكلام في صُوَرٍ:

منها: إذا أوصىٰ بخبز، فجعله فتيتاً: فيه وجهان.

أشبههما: أنه رجوعٌ؛ لإشعاره بالصَّرف عن الوصية؛ لأن الخبز يفتت ويدق ليؤكل.

والثاني: لا؛ لأنه يقال: «خبز مدْقُوقٌ» ولم يبطل الاسم بالكلية، وقاسوا الوجه الأول على ما لو ثَرَدَهُ، لأنه ينتظم أنْ يقال: «خبز مثرودٌ» فليجر فيه الخلافُ، وعلى الوجهين: ما إذا أوصىٰ بلَحْم فقدَّدَه لأنه لا يسمَّىٰ لحماً على الإطلاق، لكن يقال: لحم قديدٌ.

ولم يذكروا خلافاً فيما إذا طَحَنَه، أو شَوَاهُ، أنه رجوعٌ مع صحة القول: بأنه لحم

---

(١) سقط في: ز.

مطبوخ. ولو أوصَىٰ برطَبٍ فتمره، فوجهان أيضاً؛ لأن اسم الرُّطَب قد زال؛ لكنَّه صيانة له عن الفساد، فلا يشعر بتغيُّر القصد، والأشبه ألا يُجْعَلَ هذا رجوعاً، وكذا تقديد اللحْم، إذا كان تعرض للفَسَاد.

ومنْها أوْصَىٰ بقطن، فغزله، أو بغزل فنسجه، فهو رجوعٌ وحكى ابن الصَّباغ ـ رحمه الله ـ في نسج الغزل وجْهاً آخر، ولو حشا بالقُطْن فِرَاشاً، أو جُبَّة، فوجهان؛ لأنَّ الاسم باق، لكنه يشعر بقصد الصرف عن الوصية، والأظهر أنه رجوعٌ.

ومنها: أوصى بدار، فهدمها؛ حتى بطل اسم الدار، فهو رجوعٌ في الأخشاب والنُّقْض، كذا في العَرْصة؛ على أصح الوجهين.

والثاني: أن وصيَّته تبقَىٰ في العَرْصة؛ لأن الهدْمَ ورد على الأبنية دون العَرْصة؛ وإن انهدمت، قال صاحب التتمة: في النقض وجهان.

أصحهما: بطلانُ الوصية فيه؛ لزوال اسْمِ الدار.

والثاني: بقاؤُها؛ لأنه لم يوجَدْ منه فعْلٌ وتصرّف؛ وأما العَرْصة، فتبقى الوصيَّة فيها، وفيه وجه أيضاً، وإن كان الانهدامُ بحَيْث لا يَبْطُلُ اسم الدار، وبقيَتِ الوصيةُ فيما بَقِيَ بحاله، وفي المنفصل وجهان[1]، حكاهما صاحب المُعْتَمَدِ. وإذا قلْنا في الانْهِدَامِ: إن الوصيَّة لا تبقَىٰ في النقض، فلو فرض الانهدام بعد الموت وقبل القبول، فطريقان:

أحدهما: التخريجُ علَىٰ أقوال المِلْكِ.

وأصحهما: القطْع بأنه للموصَىٰ له؛ لأن الوصية تستقرّ بالموت، وكان اسم الدار باقياً يَوْمَئِذٍ. ومنها: أوصَىٰ بعَرْصَةٍ، فزرعها، لم يكن رجوعاً؛ كلُبْس الثوب، ولو بنَىٰ فيها، أو غَرَسَ، فوجهان:

أحدهما: أن الجوابَ كذَلِك.

وأصحهما: أنه رجوع؛ لأنه للدوام؛ فيُشْعِر بأنه قصد إبقائها لنفسه، وأبطل قصْده الأول، فإن لم نجعله رجوعاً، فموضع البناء والغِرَاسِ كالبياض المتخلل؛ حتى يأخذه الموصىٰ له، إن زال البناء والغراس يوماً، أو تبطل الوصية فيه، ويصير تبعاً للبناء؟ فيه وجهان، ومطلق عمارة الدار ليس برجوع، لكن لو بَطَلَ الاسْم؛ بأن جعلها خاناً، فهو رجوع، وإن لم يبطُلْ؛ ولكنْ أحدث فيها بناءً وباباً من عنده، فعلى الوجهين فيما لو بنَىٰ

---

(١) سكت الشيخ عن الترجيح.
قال في الخادم: والأرجح عدم بطلانها فيه فقد نص عليه الشافعي وقال به جمهور أصحابنا كما قاله الماوردي في الحاوي.

في الأرض، فإن لم نجعله رجوعاً، فالبناء الجديدُ لا يدْخُل في الوصية، وفيه وجهٌ أنه لا يدخل؛ لأنه صار من الدار.

ومنْها لو أوصَىٰ بثوب، فقَطَعَهُ قميصاً، ففيه وجهان:

أظهرهما: أنه رجوعٌ، ولا يخفى مأخذهما مما تقدَّم، ولو غسله لم يكن رجوعاً؛ كتعليم العبد، ولو صبغه، فالأظهر، وهو المذكور في «التهذيب»: أنه رجوع، وفيه وجهٌ آخر؛ كما في عمارة الدار؛ ولو قصَّره، فإن قلنا القصارة أثراً محضاً، فهو كالغسل، وإلاَّ فكالصبغ، ولو أوصَىٰ بثوب مقطوع، فخاطه، لم يكن رجوعاً، وعن أبي حنيفة خلافُهُ. واتخاذ الباب من الخَشَب الموصَىٰ به كاتخاذ القميص من الثوب.

ومنْها: لو أوصَىٰ بشيء، ونقله من بلد الموصَىٰ له إلَىٰ مكان بعيد، ففيه وجهان؛ لأنه لو كان على قصد صرْفه إليه، لَمَا بعَّده عنه، والأظهر المَنْع؛ ويشبه أن يكون الخلافُ مخصوصاً بما إذا أشْعَرَ التبعيد بتغيُّر القَصْد.

فأما إذا أوصَىٰ صحيح البدن بدابة، ثم أَركبها رجلاً أو حمل عليها إلَىٰ بلد بعيد، فلا إشْعَار[(١)].

ومنْها: لو أوصَىٰ بصاعِ حنطة بعينه، ثم خلطها بحنطة أخرَىٰ فَهُوَ رجوع؛ لأنه أخرَجَهُ عن مكان التسليم، وذكر أبو الفرج الزاز أن الشيخ أبا زيد فَصَّل؛ فقال: إن خلطها بأجودَ منها، فهو رجوع، وإن خلطها بمثلها، أو بأردأ منها، لم يكن رجوعاً؛ لأنه إذا خلطه بالأجود، حدثت فيه زيادة بجودة الخلط، والوصية لم تتناولْها، وإن خلط بالمثل، أو بالأردأ، فلا زيادة، والأول هو المشْهور والمَنْصُوص.

وإن أوصَىٰ بصاع من صُبْرة، ثم خلطها بغَيْرها، نُظِر: إن كان الخلْطُ بالمثل، لم يكن رجوعاً؛ لأن الموصَىٰ به ها هنا مخلوطٌ بغيره، شائعٌ فيه، فلا تضر زيادة الخلط، ولا يختلف فيه الغرض، وإن كان الخلط بالأجود، فهو رجوعٌ؛ لأن الزيادة الحاصلة لم تتناولها الوصية، وقد ذكرنا في البناء المستَحْدَثِ في الدار وجْهاً؛ أنه يدخل في الوصية؛ لأنه صار من الدار، وذلك الوجه ها هنا أقرب منه في البناء، وإن لم يذكروه، وإنْ كان الخلط بالأردأ فوجهان:

أحدهما: أنه رجوع لتغير الموصى به عما كان. كما لَوْ خَلَطَ بالأجود.

وأظهرهما: المنع؛ لأن التغير فيه بالنقصان، فأشبه ما لو عيب الموصَىٰ به، أو

---

(١) ويؤيده تخصيص الماوردي الوجهين بما إذا أنقله لغير عذر. قال: فإن نقله لعذر ظاهر من حوف طرأ فلا يكون ذلك رجوعاً.

أتلف بعضه، ولو اختلطت بالأجود بِنَفْسها، فعلى الخلافِ السابِقِ في نظائره، وإذا أبقينا الوصية، فالزيادةُ الحاصلةُ بالجَوْدة غير متميزة؛ فتدخل في الوصية.

ولو أوصَىٰ بصاع من حنطة، ولم يعين الصاع، ولا وصف الحنطة، فلا أثر للخلْط؛ ويعطيه الوارث مما شَاءَ من حنطة التركة، ولو وصفها، وقال: حنطتي الفلانية، فالوصْفَ مَرْعِيٌّ، فإن بَطَلَ بالخَلْط، بطلَتِ الوصية، وإن قال: من مالي حَصَّلَه الوارث.

فَرْعٌ: لو أوصى له بمائة معينة، ثم بمائة معينة، فله المائتان، وإن أطلق إحداهما، حملت المطْلَقة على المعينة، وكذا لو أطلقها، لم يكن له إلا مائةٌ؛ ولو أوصَىٰ بخمسين، ثم بمائة، فله المائة، ولو أوصَىٰ بمائة، ثم بخمسين، فوجهان:

أحدهما: أن له مائةً وخمسِينَ[1].

وأشبههما: أنه لا يدفع إلَيْه إلا خمسون؛ لأنه يحتمل أنه قصد تقليل حقه، والرجوعُ عن بعض الوصية الأولَىٰ، فلا يُعطَىٰ إلاَّ اليقينَ.

البَابُ الرَّابعُ فِي ٱلوِصَايَةِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَالنَّظَرُ فِي أَرْكَانِهَا وَأَحْكَامِهَا: (أما الأَرْكَانُ) فَأَرْبَعَةٌ: الأَوَّلُ الوَصِيُّ وَشَرَائِطُهُ خَمْسَةُ التَّكْلِيفُ (م ح)، وَكَمَالُ الحُرِّيَةِ، وَالإِسْلاَمُ (ح)، وَالعَدَالَةُ (ح) وَكِفَايَةُ التَّصَرُّفِ، وَفِي جَوَازِ التَّفْوِيضِ إِلَى الأَعْمَىٰ وَجْهَانِ، وَيَجُوزُ التَّفْوِيضِ إِلَىٰ النِّسَاءِ، وَالأُمُّ أَوْلَىٰ مَنْ يُنَصَّبُ قَيِّماً، فَإِنْ لَمْ تُنَصَّبْ فَلاَ وِلاَيَةَ لَهَا، وَلَوْ أَوْصَىٰ إِلَىٰ مُسْتَوْلَدَتِهِ أَوْ مُدَبَّرِهِ فَفِيهِ تَرَدُّدٌ، مَنْشَؤُهُ أَنَّ المُرَاعَىٰ حَالَةُ المَوْتِ أَوْ حَالَةُ العَقْدِ، وَلَوْ أَوْصَىٰ الكَافِرُ إِلَىٰ كَافِرٍ فِي أَوْلاَدِهِ الكُفَّارِ جَازَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا عرفت في أول الكتاب: أن هذا الباب معقودٌ للوِصَايَةِ بأركَانِهَا، وأحكامها، وهي مستحبةٌ في ردِّ الظالم؛ وقضاء الديون، وتنفيذ الوصايا، وأمور الأطفال[2]:

[رُوِيَ أن عبد الله بن مسعود ـ رضي الله عنه ـ أَوْصَىٰ؛ فَكَتَبَ أَنَّ وَصِيَّتِي إِلَى اللَّهِ تَعَالَىٰ، وإِلَى الزُّبَيْرِ وابنه عبد الله بن الزبير ـ رضي الله عنهما][3] ـ فإن لم يوصِ إِلَىٰ أحد، نصب القاضي من يقُومُ بها.

---

(١) وقضيته أن هذا الخلاف لا يطرق الصورة التي قبلها.

(٢) قال النووي: هي في رد المظالم وقضاء الديون التي يعجز عنها في الحال واجبة والله أعلم

(٣) قال الحافظ: رواه البيهقي بإسناد حسن عنه بهذا وزيادة.

وأغْرَبَ الأستاذ أبو منصورٍ، فحَكَى عن بعض الأصحاب: أنه: إذا كان في الورثَةِ رشيدٌ، قام بهذه الأمور، وإن لم ينصبه القاضي، ولا شَكَّ أن في هذا العَقْد شخصاً، يُوصَىٰ إليه، وشخصاً يُوصِي، وشيئاً يُوصَىٰ به وصيغة يوصَىٰ بها، وهذه الأمور هي التي سماها أركاناً، الأول الوصي وله شروط.

أحدها: التكليفُ فالصبي والمجنون، لا يوصَىٰ إليهما؛ لأنهما لا يملكان التصرف لأنفسهما؛ فكيف يتصرفَّان لغيرهما؟ ولأن في الوصاية معنى الأمانة، ومعنى الوكالة؛ من حيث إِنَّهَا تعتمد تفويضاً من الغير، ومعنى الولاية من حيثُ إِن الموصِي يتصرَّف لعاجز، وهما لا يتأهلان لهذه المعاني.

والثاني: الحرية؛ فلا تصحُّ الوصية إلى العبد؛ لأنه لا يتصرَّف في مال ابنه فلا يصلح وصيّاً لغيره؛ كالمجنون، ولأنها تستدعِي فراغاً، وهو مشغولٌ بخدمة السيد.

والمكاتَبُ ومَنْ بعضُه حُرٌّ ـ كالقن، وكذا المدبَّر، وأمُّ الولد، نَعَم، في مستولدته ومدبَّره خلافٌ مبنيٌّ على أن صفات الوصيِّ تعتبر حَالَةَ الوصايَةِ، أم حالة المَوْت، وسيأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ.

وقال مالك وأحمد: تصحُّ الوصية إلى العبد.

وقال أبو حنيفة: لا يُوصِي إِلَىٰ عبد غيره؛ ويجوز أن يُوصِيَ إِلَىٰ عبد نفسه، إذا لم يكن في ورثته رشيد، وجَوَّز الوصاية إلى المُكَاتَبِ.

والثالث: الإسلام؛ فلا يجوزُ أن يوصِيَ المسلم إلى الذمِّيِّ، وفي وصاية الذمِّيِّ إلى الذِّمِّيِّ وجهان.

أحدهما: المنعُ؛ كما لا يجوز شهادةُ الكافِرِ للمسلم ولا للكافر.

وأظهرهما: الجوازُ، وبه قال أبو حنيفة؛ كما يجوز أن يكون وَلِيّاً لأولاده، وهذا ما ذَكَرَهُ في الكتاب.

ويجوز وصاية الذمِّيِّ إلى المسلم، كما يجوز شهادةُ المِسْلم على الذمِّيِّ، وقد تثبت له الولايةُ على الذمِّيِّ؛ ألا تَرَىٰ أنَّ الإمام يلي تزويجَ الذِّمِّيَّات؟

والرابع: العدالةُ؛ فلا تجوز الوصايةُ إلى الفاسق؛ لما فيها من معنى الأمانة، والولاية، وبهذا قال أحمد ـ رحمه الله ـ في إحدى الروايتين.

والثانية: يجوزُ ويُضَمُّ إليه أمينٌ، وعند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ تصحُّ الوصاية إليه، ولو تصرَّف نفَذَ، ولكنَّ القاضي لا يقرُّه عليها، وفرق الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ بين الوصاية والوكالة؛ حيثُ يجوز توكيل الفاسق؛ بأن الوصاية في حق الغير، وفي مثله في الوكالة تشترط العدالة أيضاً؛ حتَّىٰ لا يُوَكِّلَ الأبُ فاسقاً في مال ولده، ولا يودِعَ

المودع إلاَّ عند أمين، وإن كان يجوزُ أن يُوكِّل الفاسق في ماله ويودِعَهُ إياه.

والخامس: كفايةُ التصرُّف؛ فلا يجوزُ الوصاية إلَىٰ من يَعْجَزُ عن التصرُّف، ولا يهتدي إليه لسفه، أو هرم، أو غيرهما، هذا هو الظاهُر، وقد تعرَّض له الحنَّاطِيُّ، فقال: لا يجُوزُ الوصاية إلى مخجور.

والقاضي الرويانيُّ، فقال: لا يجوزُ أن يكون الوصيُّ مغفَّلاً، وربما دَلَّ كلامُ الأصحاب علَىٰ أن هذا الشرطَ غير مرعيٍّ، ويوافقه ظاهرُ قولهم: أنَّ شروط الوصيِّ خمسة؛ الإسلام، والعقْل، والبلوغ، والحرِّية، والعدَالَة.

وفي جواز التفويضِ للأعمىٰ وجهان وجه المنع: أنَّه لا يقدر على البَيْع والشِّرَاء لنَفْسِه، فلا يحسن أن يفوِّض إليه أمر غيره.

والأظهرُ: الجواز، وبه قال أبو حنيفة، ويوكِّل فيما لا يتمكَّن من مباشرته، فعلى الأول: تصير الشروط ستةً.

وزاد الرويانيُّ وآخرونَ شرطاً سابعاً؛ وهو ألاَّ يكون الوصيُّ عدوّاً للطفل الذي يفوض إليه أمره. وحصروا الشروطَ جميعاً بلفظ مختصرٍ، فقالوا: ينبغي أن يكون الوصيُّ بحيثُ تُقْبَلُ شهادته على الطِّفْل[1]، وكلُّ ما اعتبر من الشروط، ففي وقتِ اعتباره ثلاثةُ أوجه:

أظهرهما: وبه قال ابن سُرَيْج، وأبو إسحاق ـ رحمهما الله ـ: يعتبر حالة المَوْت؛ كما أن الاعْتبار في الوصيَّة بحالة الموت، وكما أنَّ الشاهد تعتبرُ صفاتُه عند الأداء.

والثاني: أنه يُعْتَبَرُ عند الوصاية والمَوْت جميعاً، فتلك حالةُ التفويض، وهذه حالةُ الاشتغال بالتصرُّف.

والثالث: أنه يُعتَبَرُ في الحالتين، وفيما بينهما؛ لاحْتِمَالِ المَوْتِ والحَاجَة إلى التصرُّف.

---

(١) ما حكاه الشيخ عن الروياني منقول أيضاً عن القاضي أبي الطيب في المجرد.
قال في الخادم: وهذا يوافق ما قاله ابن كج من أن العداوة تسلب ولاية إجبار النكاح. نقله الحناطي عن علي بن المرزباني قال ويحتمل خلافه. انتهى ما أردته لكن سيأتي في النكاح عن المطلب أن العداوة لا تسلب ولاية الإجبار على المذهب. وقال في الخادم: ما ذكروه من الضابط يرد عليه صورتان:
إحداهما: الأخرس فإن شهادته لا تقبل وتصح الوصية إليه كما هو ظاهر كلامهم هنا.
الثانية: الوصي إذا ادعى ديناً في التركة ولم يتمكن من إثباته تخرج الوصية من يده مخافة أن يأخذه إلا أن يبري. ونقله عن العبادي.

ولا يُشْتَرَطُ في الوصي الذكورةُ، بل يجوز التفويضُ إلى النساء، رُوِيَ أن عُمَرَ ـ رضيَ اللَّه عنْهُ ـ أوصَىٰ إلَىٰ حَفْصَةَ ـ رضي اللَّه عنها[1] ـ.

فإذا حصلت الشروط في أم الأطفال، فهي أولَىٰ من ينصب قَيِّماً، ولكن لا ولاية لها بالأمومة، كما بيناه في «الحجر» وعن أبي حنيفة: أنَّ لها ولايةَ الحِفْظ والإنْفَاق، دون البيع والشِّراء. وذكر الحنَّاطيُّ ـ رحمه الله ـ وجهاً أنه لا تجوزُ الوصَايَةُ إلَيْها، إذا أفرَّعْنَا على ظاهر المذهب، وهو أنَّها لا تلي، وهذا غير بعيدٍ من جهة المعنَىٰ؛ نظراً إلَىٰ أن في الوصاية ولايةً، وحقُّهُ الطَّرْدُ في جميع النساء.

واحتجَّ بعضهم على أنَّ للمرأة ولايةَ المَال في الجملة؛ بأن النبيَّ ﷺ قال لهنْدٍ: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بالْمَعْرُوفِ».

وإذا وقفت علَىٰ شرح الفصْل، أَعْلَمْتَ قوله في الكتاب «وكمال الحرية» بالحاء والميم والألف، وفي لفظ «الكمال» إشارةٌ إلى أن المكاتب، ومَنْ بعضُه حرٌّ، لا يُجْعَلُ وصياً.

وقوله: «والعدالة» بالحاء والألف.

وقوله: «ويجوز التفويض إلى النساء» بالواو ولفظ «القيِّم» في منصوب القاضي أشهر إلاَّ أنَّه بالحقيقةِ يشمل الوصيَّ، ومنصوب القاضي وقوله: «أولى من ينصب قيماً» يفيد أولوية الوصاية، إليها، ونصب القاضي إيَّاها.

وقوله: «فإن لم تنصب فلاَ ولايةَ لها» معلَم بالواو والحاء؛ لوجْهٍ حكيناه عن الإصطخريِّ في «كتاب الحجر»، والمسألة مُكَرَّرَةٌ، وقد ذكَرَهَا هناك[2]، وإذا عاد، فلو لم يذكر «فإن لم ينصبْ»، وقال: «لا ولايةَ لها»، لحصل الغرض وقوله: «ولو أوصَىٰ الكافر إلى كافر في أولاده الكفار جاز» مُعْلَمٌ بالواو، ولما سبق، وشرَطُوا على وجه الجواز أن يكون عدلاً في دينه، وقصد بقوله: «في أولاده الكفار» أنهم لو كانوا مسلمينَ، لم يجُزْ أن يلي المفوَّض إليه أمرهم، لكن لو لم يتعرَّض له، لم يَضُرَّ؛ لأنه ذكر منْ بعْد أنَّه يشترط في الموصى أن تكون له ولاية على الأطفال، ولا ولاية للكافر على أولاده المسلمين.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ كَانَ الوَصِيُّ أَمِيناً فَطَرَأَ الفِسْقُ انْعَزَلَ، فَإِنْ عَادَ أَمِيناً لَمْ يَعُدْ

---

(١) أخرجه أبو داود من طريق نافع عن ابن عمر تقدم في أول الوقف.

(٢) ثبتت في هامش أ: وقال الإصطخري: هي وليه في المال، مقدمة على وصي الأب، لأنها أحد الأهلين.

وَصِياً، وَكَذٰلِكَ القَاضِي يَنعَزِلُ ثُمَّ لاَ يَعُودُ بالتَّوْبَةِ، وَالأَبُ يَعُودُ ولِياً بِالتَّوْبَةِ، وَلاَ تَعُودُ وِلاَيَةُ القَاضِي وَالوَصِيِّ بِالإِفَاقَةِ بَعْدَ الجُنُونِ عَلَىٰ أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ، وَالإِمَامُ لاَ يَنْعَزِلُ بالفِسْقِ لِأَجْلِ المَصْلَحَةِ الكُلِّيَّةِ، وَلَكِنْ لَوْ أَمْكَنَ ٱلاسْتِبْدَالُ بِهِ مِنْ غَيْرِ فِتْنَةٍ فَعَلَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: غرض الفصْلِ الكلامُ فيما إذا تغيَّر حال الوَصِيِّ، وذلك: إمَّا أن يكون قبل موت الموصِي، أو بعدَه، إن كان قبله: فيبني على ما ذكرنا في أنَّ الشُروطَ في أيِّ وقتٍ تُعْتَبَرُ، وإن تغير بعد موته، نظر إن فسق: إما بتعدٍّ في المال، أو بسبب آخرَ، بطلت ولايته.

وفي «المجرد» للحنَّاطِيِّ وجهٌ أنها لا تبْطُلُ؛ حتى يعزله الحاكم، والمشهور الأول؛ وفي معناه قَيِّمُ الحاكم.

وفي بطلانِ ولاية القاضِي بالفِسْق وجهان.

أصحُّهما: وهو المذكورُ في الكتاب: أنها تبطُلُ أيضاً؛ لزوالِ الشَّرْط.

والثاني: لا تبطُلُ، كالإمام الأعظم، والأبِ، والجَدِّ، إذا فسقا، انتزع الحاكم مال الطفل منهما، ولا تبطل ولايةُ الإمامِ الأعظم بالفسْق؛ لتعلُّق المصالح الكلية بولايته، بل تجوز توليةُ الفاسق ابتداءً، إذا دعتَ إِليهاَ ضرورةٌ، نَعَمْ، لو أمكن الاستبدالُ به، إذا فسق من غير فتنة، استبدل. وفيه وجه: أنها تبطُلُ أيضاً، وهذا ما أورده أَقْضَى القُضَاةَ [الماوَرْدِيُّ] في الأحكام السلطانية[(١)].

ولو فرضت توبة، وصلاح حال، بعد الفِسْق، هل تعود الولاية؟ أما الوصيّ [والقيم]، فلا تعودُ ولايتهما [والأب والجد تعود ولايتهما][(٢)].

وفي أمالي الشيخ أبي الفرج وجهٌ غريبٌ: أنها تعودُ؛ كالأب، والجَدِّ، إذا تابا بعد الفسْق، والمذهب الفرق؛ لأن ولايتهما شرعية، وولاية القاضي والقيِّم مستفادةٌ من التولية والتفويض، فإذا ارتفعتْ لم تعد، إلا بتفويض جديدٍ، والقاضي إذا عزلناه بالفسْقِ

---

(١) ما حكاه عن إيراد الماوردي في الكتاب المذكور ليس على إطلاقه بل قيده بقيد لا بد منه فقال ما نصه: فأما الخروج من عدالته بعد الفسق وهو على ضربين: أحدهما: ما تابع فيه الشهوة. والثاني: ما تعلق فيه بشبهة فأما الأول كإقدامه على المحظورات فهذا فسق مع انعقاد الإمامة واستدامتها إذا طرأ فلو عاد إلى العدالة لم يعد إلا بعقد مبتدأ.

وأما الثاني فيتعلق باعتبار المتأول بشبهة بغرض متأول لها خلاف الحق فقد اختلف العلماء فمنهم من قال: المنع من انعقاد الإمامة ومن استدامتها ومنهم من قال: إنه لا يمنع كما لا يمنع من ولاية القضاء وجواز الشهادة انتهى.

(٢) سقط في: ز.

كالوصي، وإذا كان الوصيُّ قد أتلف مالاً، فلا يبرأ عن ضمانه؛ حتَّىٰ يدفعه إلى الحاكم، ثم يردَّه الحاكم عليه، إن ولاه، وفي مثله للأبِ أن يقبض الضمانَ من نفْسِهِ لولده، وليس من التعدِّي أكْلُ الأب والوصيِّ مالَ الطفلِ للضَّرورة، لكن إذا وجب الضمانُ، فطَرِيق البراءة ما ذكَرْنا، وتصرفات الوصيِّ بعد ما انعزل بالفسْقِ مردودةٌ. قال القَفَّالُ: لكنَّ رد الغصوب، والعواري والودائع وقضاء الديون من جنسها في التركة ـ لا ينقض، لأن أخذ المستحقِّ فيها كاف.

وإن جُنَّ الوصيُّ أو أُغْمِيَ عليه، أقام الحاكمُ غيرهُ مُقَامَهُ، فإن أفاق، فَوَجْهَان:

أحدهما: أنه علىٰ ولايته، كالأب والجَدِّ، والإمام الأعظم، إذا أفاقوا.

وأظهرهما: المَنْع؛ لأنه يلي بالتفويضِ كالتوكيل، بخلاف الأب والجد بخلافِ الإمام للمصْلَحَة الكلِّيَّة.

ويجري الوجْهَان في القاضي، إذا أفاق وإذا أفاق الإمام الأعظم بَعْد ما وُلِّيَ غيره، فالولاية للثاني إلاَّ أن تثُورَ فتنَةٌ، فهي للأول، قاله في «التهذيب»، وإذا اختلَّت كفاية الوصيِّ؛ بأن ضعُفَ عن الكتابة، والحساب، أو ساء تدبيرُهُ؛ لِكِبرٍ، أو مرضٍ، فيضم القاضي إليه من يعينه ويُرْشِدُه، ولو عوض ذلك لقيِّم القاضي عزله؛ لأنه الذي نصبه، فيأتي بخير منه، أو مثلهُ. ومنصوب الأب يُحْفَظُ ما أمكن.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِي: الْمُوصِي وَهُوَ كُلُّ مَنْ لَهُ وِلاَيَةٌ عَلَى الأَطْفَالِ شَرْعاً كَالأَبِ وَالجَدِّ، أَمَّا الوَصِيّ فَلَيسَ لَهُ الإِيصَاءُ إلاَّ إذَا أَذِنَ لَهُ الوَلِيُّ فِي الإِيصَاءِ فَلَهُ ذٰلِكَ عَلَىٰ أَصَحِّ القَوْلَيْنِ، كَمَا إذَا اشْتَرَطَ أَنْ يَكُونَ وَلَدُهُ وَصِياً بَعْدَ البُلُوغِ إذْ يَتَحَوَّلُ الوِصَايَةُ إلَيْهِ، وَلَوْ أَوْصَىٰ إلَىٰ رَجُلَيْنِ وَشَرَطَ اسْتِقْلاَلَ أَحَدِهِمَا عِنْدَ مَوْتِ الثَّانِي، صَحَّ شَرْطُهُ، وَلاَ يَجُوزُ نَصْبُ الوَصِيِّ عَلَى الأَوْلاَدِ البَالِغِينَ، نَعَمْ يُنَصَّبُ وَصِياً فِي قَضَاءِ الدُّيُونِ وَتَنْفِيذِ الوَصَايَا، وَلاَ يَجُوزُ نَصْبُ الوَصِيِّ فِي حَيَاةِ الجَدِّ فَإِنَّهُ وَلِيٌّ شَرْعَاً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الرُّكْنُ الثاني: الموصِي.

فإن كانت الوصايةُ في قضاء الدُّيُون، وتنفيذِ الوَصَايا فتصحُّ من كل حرٍّ مكلَّف. وأما في أمور الأطفال، فيُشْتَرَطُ مع ذلك أنْ يكون للموصِي ولايةَ على الأطفالِ ابتداءَ من الشرع، لا بتفويضٍ[1]، وشرطٍ، وفيه مسائل:

---

(١) قال الشيخ البلقيني: محل ما ذكره إذا لم يكن الأولاد البالغون ـ أي من المجانين طرأ عليهم السفه، فإن الذي يلي أمرهم القاضي على الأصح، أما لو كان البالغون لم يرشدوا قط فإن الولاية عليهم للأب ثم الجد فيجوز والحالة هذه نصب الوصي عليهم.

إحداها: في أن الوصي، هَلْ يوصي؟ وفيه صور:

إحداها: ليس للوصي في الوصَايةِ المطْلَقة: أنْ يُوصِيَ إلَىٰ غيره، وبه قال أحمد ـ رحمه الله ـ.

وقال أبو حنيفة، ومالك ـ رحمهما الله ـ: إن له أنْ يُوصِيَ.

لنَا: أنَّ الوليَّ لم يَرْضَ بالثاني، وأيضاً: فإنه يتصرَّف بالتولية والتفْويضِ؛ فلا يملك التفويض إلَىٰ غيره؛ كالوكيل.

الثانية: لو قال: أوصيتُ إلَيْكَ، فإذا متُّ، ففلانٌ وَصِيٌ، أو فقد أوصيتُ إليه، أو قال: أوصيتُ إلَيْك، إلى أن يبلغ ابْنِي فلانٌ، أو يَقْدَمَ من سفره، فإذا بلغ، وقَدِمَ، فهو الوصيُّ. أو قال: أوصيتُ إليكَ إلَىٰ سنه، فإذا مَضَتْ، فوصيٌّ فلانٌ، جاز؛ لأنَّ المُوصِيَ هو الَّذِي أوصَىٰ إليهما، ورضيهما، إلاَّ أن الوصاية إلى الثاني مشروطةٌ بشرط.

وقد رُوِيَ أن فاطمة بنْتَ رسول الله ﷺ ـ ورضي عنهما ـ أوصَتْ في وقفها إلى عَلِيٍّ عليه السلام فإنْ حدَّث به حادث، فإلى ابنيها ـ رضي اللّه عنهما[1] ـ.

وأيضاً فإن الوصايةَ قريب من التأمير، ومن المشهورِ أن النبيَّ ﷺ أمر زيداً ـ رضي اللّه عنه ـ وقال: «إنْ أصِيبَ، فَجَعْفَر، فَإنْ أُصِيبَ، فَعَبْدُ اللّهِ بْنُ رَوَاحَةَ»[2] هذا ظاهرُ المذْهَبِ، ويحتمل الوصيةُ التعليقَ، كما تحتمل الجهالات، والأخطار.

وحكىٰ أبو عبد الله الحنَّاطِيُّ، وآخرون فيها خلافاً أخْذاً من الخلاف في تعليق الوكالة. وبالمنعِ أجاب القاضي الرويانيُّ؛ فقال: لو قال: إذا متُّ، فقد أوصَيْتُ إليك لا يجوز بخلافِ قوله: أوصيتُ إليك، إذا مت، ولو قال: أوصيتُ إليك.

فإذا حَدَثَ بك حدَثُ الموت، فقد أوصيت إلَىٰ من أوصَيْتُ إليه، فوصيك وصيي روى المزني [عن نصه][3] المنع وحَكَىٰ عن اختلاف العراقيين قولاً آخر: أن الوصاية صحيحةٌ، وللأصحابِ في هذه الصورةِ ثلاثةُ طرقٍ؛ أشهرها أنَّ فيها قولَيْنِ:

أحدهما: الصحة؛ لأنَّ الوصاية إِلى الأَول والثاني صادرةٌ من الموصِي، فهي كالصورة السابقة.

وأظهرهما: على ما ذكره «صاحب التهذيب» والشيخ أبو الفرج وغيرهما: المنع؛ لأنَّ الموصَىٰ إليه مجهولٌ ها هنا.

والطريق الثاني: القطْعُ بالمنع، وحمل القول الآخر علَىٰ ما إذا أوصَىٰ وأَذِنَ

---

(١) قال الحافظ: لم أره.

(٢) رواه البخاري وقد تقدم في الوكالة.

(٣) سقط في: ز.

للوصي في أنْ يوصِيَ إِلَىٰ مَنْ يرى، وهكذا وجدت التصوير في اختلاف العراقيين، وحكى أبو الفرج هذه الطريقة عن القَفَّال.

والثالث: في بعض الشروح أنَّ منهم مَنْ قَطَعَ بالجواز، وغَلَّطَ المُزَنِيَّ.

الثالثة: أوصَىٰ إلى إنسان، وأذن له في الوصاية إِلَىٰ غيره، فينظَرُ: إِنْ لم يعيّن، بل قال: أوص بِتَرِكَتِي إِلَىٰ من شئت، فأوصَىٰ بها إِلَىٰ رجلٍ، فطريقان:

أصحهما[1]: أنَّ في صحة الوصاية قولَيْن:

أحدهما: المنع، وهو ظاهر قوله في «المختصر» لأنَّ إِذنه قد بَطَلَ بالموت، فلا يجوز أنْ ينصب عليه نائب حَيْثُ لا إِذْنَ، كما لوْ وَكَّلَ وكيلاً، وأَذِنَ له في التوكيل، فعزله، ثَمَ وكَّلَ الوكيلَ عنه، لا يجوز.

وأصحُّهما: عند صاحب الكتاب: الصِّحَة، وهو اختيار أبي إسحاق والقاضي [أبي الطيب وابن الصباغ ـ رحمهم الله ـ ووجَّهه أن للأب أن يوصي، فله أن يستنيب][2] في الوصاية، كما في الوكالة، وأيضاً: فإِنَّ نظره للأطفال بَعْد الموت متَّبَعٌ؛ بدليلِ اتباع شرطه، فيما إذا أوصَىٰ إلى رجلٍ إِلَىٰ أن يبلغ ابنه، وفي نظائره، وكذا لو أوصَىٰ إلى رجلَيْن، وشرطُ استقلال أحدهما، إذا مات الثاني يتبع شرطه، وهذا القولُ يوافق مذهب أبي حنيفة ومالك.

والطريق الثاني: القطْعُ بالصحَّة[3]، وحمل ما في «المختصر» على أنه قصد الردَّ على أبي حنيفة؛ حين قال: لو أوصى الوصي في أمر نفسه، كان وصيته وصية للموصي، فقال: لا يكون كذلك؛ حتى يتعرَّض لتركة الموصِي، وأمر أطفاله، وإِنْ عين، فقال: أوصي بتركتي إلى فلانٍ، فمنهم: مَنْ طرد القولَيْن، ومنهم: من قطع بالصحَّة؛ لأنَّه قطَع نظَرَ الوصي واجتهاده، فصار كما لو قال: أوصيتُ بعده إِلَىٰ فلان.

فَرْعٌ: لو أَطلق، فقال: أوص إِلى مَنْ شئت، أو إِلَىٰ فلان، ولم يضفْ إلى نفسه، فتحمل على الوصاية عنه؛ حتى يجيء فيه الخلافُ، ويقطع بأنَّه لا يوصِي عنه وحكى «صاحبُ التَّهذيبِ» ـ رحمه الله ـ فيه خلافاً للأصحاب، وقال: الأصحُّ الثاني.

المسألة الثانية: لا يجوزُ نصْبُ الوصيِّ على الأولاد البالغين؛ لأنَّه لا يَلِي

---

(١) في ب: أظهرها.

(٢) سقط في: ز.

(٣) قال في الخادم: ظاهره أن الخلاف في الإيصاء عن الموصي، وعن نفسه لكن تعليل الرافعي صريح في أن الكلام في الإيصاء عن الموصي وهذا هو الذي فهم ابن الرفعة من كلام الرافعي فقال في الكفاية: فرض الرافعي الخلاف في الإذن في الإيصاء عن الموصي، وفرضه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والروياني في الإذن عن نفسه وقطعوا بالصحة فيما إذا أذن له أن يوصي عن الموصي.
قال صاحب الخادم: وبه صرح في البيان وساق لفظه ونقله عن الاستقصاء.

أمرهم[(١)]، نعَمْ: له أنْ ينصب وصياً في قضاء الديون، وتنفيذ الوصايا، فإذا نصب وصياً لذلك، لم يتمكَّن من إلزام الورثة تسليمَ التركة؛ ليباع في الدَّيْن، بل لهم الإمساكُ وقضاءُ الدينِ منْ مالهم، لكن لو امتنعوا من التسليم والقضاءِ مِنْ عندهم، أَلْزَمَهُمْ أحدَ الأمرَيْنِ[(٢)]؛ تبرئةً لذمة الموصِيَ.

هذا إذا أطلق الوصايةَ بقضاء الدَّيْن، فإنْ قال: ادفع هذا العبْدَ إليه؛ عوضاً عن دَيْنه، فينبغي ألا يكون للورثة إمساكُه؛ لأنَّ في أعيان الأموال أغراضاً، ولذلك قيل: لو أوصى بأنْ يُبَاع عين ماله من فلان، نفذت الوصيةُ، ولو قال: بعه واقض دَيْنه من ثمنه، فيجوز ألا يكون لهم الإمساك أيضاً؛ لأنه قد يكون أطيب[(٣)] وأبعد عن الشبهات، ولا

---

(١) أطلق ذلك، ومحله إذا طرأ عليهم السفه فإن الذي يلي أمرهم القاضي على الأصح أما لو كان البالغون لم يرشدوا قط فإن الولاية عليهم للأب ثم الجد فيجوز حينئذ نصب الولي عليهم.

(٢) قال في الخادم: من هنا يؤخذ أن الوصية بقضاء الدين لا تسلط الوصي على البيع دون إذن الوارث وقد استفتى العلامة نجم الدين بن الرفعة من الشام ـ عن مسائل، منها: هل للوصي إذا أثبتت الديون عند الحاكم أن يبيع التركة مستقلاً بنفسه أو بإذن الحاكم لوفاء الديون بغير إذن الورثة أو امتناعهم من وفاء الدين والحالة هذه أو لا يبيعها إلا إذا امتنعت الورثة من قضاء الدين بطريقة أو بإذنهم له في البيع. فأجاب ليس له بيع التركة إذا كانت عقاراً أو ما في معناه من العروض التي تمنع من اقتنائها ـ أي من بيعها ـ قبل مراجعة الولد بسبب ذلك وتخييره في قضاء الدين إن كان قدر قيمة التركة أو دونها أو بدل ما تقدم ذكره إن زادت الديون على قيمة التركة والاعراض عن إمساكه التركة لنفسه أما ما عدا ذلك من العروض، وكلام بعض الأصحاب يقتضي جواز بيع ذلك للوصي والحالة هذه قبل مراجعة الوارث وتخييره ومراجعة الحاكم، لأن ذلك لا يحتفل به لكثرة أمثاله وتيسر وجوده، والأشبه عندي أنه لا بد في ذلك من مراجعة الوارث وتخييره في كل التركة ما كانت لأنها أعيان أمواله لكن عند تيسر ذلك، فإن لم يتيسر ناب الحاكم عنه في الإذن ويدل على صحة هذا الاحتمال أن صاحب البحر حكى فيما لو باع الوصي في وفاء الدين متاع البيت بثمن ما يحتفل به وما لا يحتفل به ومقابل الأظهر أن بيعه موقوف، فإن بذل الوارث قيمة التركة أو قضى الدين بأن بطلانه وإلا فلا، وكان يشبه أن يقال فيما إذا أوصى الميت إلى آخر بوفاء دينه ولم يتعرض للإذن في بيع التركة أنه لا تسلط للوصي على البيع كيف وقد قال الأصحاب: إذا أوصى إليه في شيء لم يكن وصياً في غيره وحينئذ يكون المتولي في البيع هو الوارث إن لم يرغب في إمساك ذلك بالطريق السابق؛ لأن الملك في الرقبة له وهو يخرج عن ملكه إلى ملك المشتري بالشراء إلى آخر ما ذكره الزركشي عنه.

(٣) حكى القاضي الحسين في الأسرار عن القفال في هذه المسألة التي بحثها الشيخ وجهين فقال: لو قال اقض ديني من هذا المال ففيه وجهان مبنيان على ما لو أوصى بقضاء دينه فهل ينفذ ويحاصص أهل الوصايا.
وقضية البناء ترجيح الاحتمال الذي اقتصر عليه الرافعي.
قال في المطلب: إنه الظاهر حتى لرب الدين أن يمتنع من قبض الدين من مال الوارث نعم لو قبض رب الدين من مال الوارث برضاه بطلت فائدة التعيين كما إذا قبضه من أجنبي.

يجوز نصب الوصيِّ في حياة الجَدِّ؛ فإنَّ الجد بدله شرعاً، فليس له نقل الولاية عنه؛ كولاية التزويج.

وقال أبو حنيفةَ: يجوز، وبه قال بَعْضُ أصحابنا: لأنه أوْلَىٰ من الجَدِّ، فكذلك نائبه، وهذا في أمر الأَطفال، فأمَّا قضاءُ الديون، وتنفيذ الوصايا، فله نصب الوصي، ويكون الوصيُّ أولَىٰ من الجد، ولو لم ينصب وصيّاً، فأبوه أولَىٰ بقضاء الدين، وأمر الأَطفال، والحاكم أولَىٰ بتنفيذ الوصايا، وكذلك حكاه «صاحب التهذيب» وغيره.

المسألة الثالثة: ليس للأخ والعمِّ، وغير الأب والجد الوصايةُ في أمر أطفال الورثةِ؛ لأنهم لا يلون أمرهم، فكَيف ينيبون فيه، وهل للأمِّ الوصاية ينبني على أنَّها، هلْ تلي، فعَلَىٰ قول الإصطخريِّ لها الوصايَةُ.

وأمَّا لفظُ الكتاب، فقوله: «وهو كلُّ مَنْ له ولايةٌ على الأطفال شَرْعاً» المراد منه اعتبار هذا الشرْطِ في الوصاية في أمر الأطفال، لا في مطلق الوصاية؛ كما سبق، ثم الحكْمُ غيرُ مَنُوطٍ بخصوص الطفوليَّة، بل الولدُ المجنونُ كالصغير في أنَّه يجوزُ الوصاية في أمره والمُعْتَبَر أن يكونَ له ولايةٌ على الذي يوصي في حقِّه، وقوله من بعد «على الأولاد البالغين» يعني العقلاء ومواضعُ العلاماتِ لا تَخْفَىٰ بعد ما تقدَّم، ومن جملتها قوله: «على أصحِّ القولَيْن» للطريقة النافية للخِلاَفِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّالِثُ: المُوصَىٰ فِيهِ وَهُوَ التَّصَرُّفَاتُ المَالِيَّةُ المُبَاحَةُ، وَلاَ يَجُوزُ الإِيصَاءُ في تَزْوِيجِ الأَوْلاَدِ إِذْ لاَ غِبْطَةَ فِيهِ، وَلاَ فِي بِنَاءِ البِيعَةِ، وَكَتَبَةِ التَّوْرَاةِ فَإِنَّهَا مَعْصِيةٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قوله في ضبطِ الموصَىٰ فيه: «وهو التصرفات المالية المباحة» يدخل فيه الوصاية بقَضَاء الديون، وتنفيذ الوصايا، وأمور الأطفال، وفيه تعرُّض لقَيْدَيْنِ:

أحدُهما: كونُ التصرُّف ماليّاً، فلا تجوزُ الوصاية في تزويج الأطفال؛ خلافاً لمالكٍ وأحمد ـ رحمهما الله ـ لأنَّ الوصيَّ لا يتغير بدخول الدنيء في نسبهم، فالغِبْطةُ والاحتياطُ تفويضُهُ إلَىٰ من يتعيَّن أو إلَىٰ من يختصُّ بقوة النظر والاجتهاد، وهو السلطَانُ، وأيضاً: فإنَّهم، إنْ كانوا بالغين لم تجز الوصاية في حقهم، وإنْ كانوا صغاراً، فغير الأبِ والجدِّ لا يزوِّج الصغير والصَّغِيرة.

والثاني: كونه مباحاً، فلو أوصَىٰ إلى رجل في بناءِ بيعة أو في كتابة التوراة، فهذا في الحقيقة وصيةٌ ووصاية، وهما باطلتان، وذكر طائفةٌ، منهم الإمام: أن الوصاية لا تَجْرِي في رد الغصوب والودائع، ولا في الوصية بعين لمعين؛ لأنَّها مستحقة بأعيانها، فيأخذها أصحابها، وإنَّما يوصي فيما يحتاج إلَىٰ نظرٍ، واجتهاد كالوصية للفقراء، وهذا

موضعُ التوقُّف نقلاً ومعنًى، أما النقل؛ فلِمَا سيأتي في بقية الباب، وفي «كتاب الوديعة»؛ حيث قال «صاحب الكتاب»: ولو أوصى إِلَىٰ فاسق، ضمن، وأما المعنَىٰ؛ فلأنَّه قد يخاف خيانة الوارث[1]، فيحتاج إلى الاستعانة بأمين، وبالله العصمة والتوفيق.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرَّابِعُ: الصِّيغَةُ وهِيَ أَنْ يَقُولَ: أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ لِتَتَصَرَّفَ فِي مَالِ الأَطْفَالِ، فَإِنْ لَمْ يَذْكُرِ التَّصَرُّفَ لَمْ يَنْزِلْ مُطْلَقِ الإِيصَاءِ إِلاَّ عَلَىٰ مُجَرَّدِ الحِفْظِ فِي أَحَدَ الوَجْهَيْنِ، وَمَهمَا اَعْتَقَلَ لِسَانُهُ، فَقُرِىءَ عَلَيْهِ كِتَابُ الوَصِيَّةِ، فَأَشَارَ بِرَأْسِهِ كَفَىٰ (ح).

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لا بُدَّ في الوصاية مِنَ الإِيجاب؛ بأنْ يقول: أوصيت إليك وفوَّضْتُ، أو أقمتُكَ مقامِي وما أشبه ذلك، ويجوز فيها التأقيتُ، كما سبق من جواز التعليقِ، وذلك نحو أن يقول: أوصيتُ إليك إلى سنةٍ أو إِلَىٰ أن يبلغ ابني فلان، أو يوصي إِلَىٰ زوجته إِلَىٰ أنْ تنكح، وأما القبولُ: فالظاهر اشتراطه، وأشار بعضهم إِلى خلافٍ فيه، وحَكَى، الأستاذ أبو منصور وجهين؛ في أنَّ عمل الوصيِّ، هل يقوم مقام لفْظِ القبول، وكلُّ هذا مأخوذٌ من الوكالة، ولا يشترط وقوعُ القبول في حياة الموصِي، وهلْ يعتد به في حياته وجهان:

أظهرهما: ويحْكَىٰ عن، ابنِ سريج ـ رحمه الله ـ، لا؛ كما لو أوصَىٰ بمالٍ يُشترط وقوعُ القبول بَعْد الموت.

والثاني: نعم، كما لو وَكَّلَهُ بعملٍ يتأخر وقته، يكون القَبُول في الحال والامتثال في المسْتَقْبَلِ، والرد في حياة الموصِي علَىٰ هذين الوجهين، فعلى الوجْه الأول، لو ردَّ في حياته، وَقِبَلَ بعد موته، جاز، ولو ردَّ بعد الموت، لغت الوصاية.

ثم إن فصل الموصِي، فقال: أوصيتُ إليك في قضاء دُيُوني، وتنفيذ وصاياي والتصرُّف في مال أطفالِي، والقيام بمصالحهم، أو ذَكَر بعْضَ هذه الأعمال، فذاك وإن، اقتصر علَىٰ قوله: «أُوصيتُ إليكَ فهو لغو، كما لو قال: وكَّلْتُكَ، ولم يبيِّن ما فيه التوكيل، ولو قال: أوصيت إِليك، أو أقمتك مقامِي في أمر أطفَالِي، ولم يذكر التصرُّف، فوجهان:

أحدهما: أنه ليس له إِلاَّ حفظُ أموالهم؛ تنزيلاً على الأقلِّ.

---

(١) وأبدى ابن الرفعة معنى آخر فقال: يجوز أن يظهر فائدة الوصاية في تنفيذ الوصاية بالأعيان في حال غيبة الموصى لهم، وفي حال تعذر القبول فيكون الأعيان تحت يد الموصي. ولولا الوصاية لكانت في تلك الحالة تحت يد الحاكم انتهى. وتظهر فائدتها في الودائع والعواري والغصوب في مطالبة الوصي بها لتصل إلى يد أصحابها وتبرأ ذمة الميت عنها.

والثاني: أنَّ له الحفظَ والتصرُّف؛ اعتماداً علَىٰ العُرْف.

قال صاحب «التتمة»: والمذهَبُ هذا، وذكر بدل الوجْه الأوَّل وجهاً: أن الوصاية لا تصِحُّ؛ حتى يبين ما فوضه إليه، فحصل في المسألة ثلاثةُ أوجهٍ، وقد عرفت بما ذكرنا أن قوله في الكتاب «فإن لم يذكُر التصرُّف. . .» إلى آخره، ليس المرادُ منه ما إذا اقتصَرَ علَىٰ قوله: «أوصيتُ إليكَ، فلا خلافَ فيه، وإنَّما المرادُ ما إذا قال: أوصيتُ إليك في أمور أطْفَالِي، ولم يتعرَّض للتصرف، ولو اعتقل لسانه، فأوصى بالإشارة المفهمة، أو قُرِيءَ عليه كتابُ الوصية، فأشار برأسه أنْ نَعَمْ، صحَّت؛ لأنَّه بالعجْزِ، صار كالأخْرَسِ، وعن أبي حنيفة: أنَّها لا تصحُّ، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ أَوْصَىٰ إِلَيْهِ فِي بَعْضِ التَّصَرُّفَاتِ لَمْ يَتَعَدَّ (ح) مَا رَسَمَهُ لِأَنَّهُ مُتَصَرِّفٌ بِالإِذْنِ، وَلَوْ أَوْصَىٰ إِلَىٰ رَجُلَيْنِ، فَمُطْلَقُهُ مُنَزَّلٌ عَلَىٰ التَّعَاوُنِ؛ حَتَّىٰ لاَ يَسْتَقِلَّ أَحَدُهُمَا بِشَيْءٍ إِلاَّ إِذَا صَرَّحَ بِإِثْبَاتِ ٱلاسْتِقْلاَلِ، فَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ ٱلاسْتِقْلاَلُ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا لَمْ يَنْفَرِدِ الثَّانِي حَتَّىٰ يُنَصِّبَ القَاضِي بَدَلاً عَنِ المَيِّتِ فَإِنَّهُ مَا رَضِيَ بِرَأْيِ وَاحِدٍ، وَلَوْ أَوْصَىٰ إِلَىٰ زَيْدٍ ثُمَّ أَوْصَىٰ إِلَىٰ عَمْرٍو، فَإِنْ قَبِلاَ جَمِيعاً كَانَا شَرِيكَيْنِ، وَلَمْ يَنْفَرِدْ أَحَدُهُمَا بِالتَّصَرُّفِ، وَإِنْ قَبِلَ أَحَدُهُمَا دُونَ الآخَرِ، ٱنْفَرَدَ بِالتَّصَرُّفِ، وَلَوْ أَوْصَىٰ إِلَىٰ زَيْدٍ ثُمَّ قَالَ: ضَمَمْتُ إِلَيْكَ عَمْراً، فَقَبِلَ عَمْرُو دُونَ زَيْدٍ، لَمْ يَكُنْ لِعَمْرٍو ٱلانْفِرَادُ حَتَّىٰ يَضُمَّ القَاضِي إِلَيْهِ أَمِيناً آخر؛ لِأَنَّ لَفْظَ الضَمْ لِلشَّرِكَةِ، وَمَهْمَا ٱخْتَلَفَ الوَصِيَّانِ فِي تَعْيِينِ مَنْ يُصْرَفُ إِلَيْهِ الوَصِيَّةُ مِنَ الفُقَرَاءِ أَوْ فِي حِفْظِ المَالِ تَوَلَّىٰ القَاضِي الأَمْرَ المُتَنَازَعَ فِيهِ، وَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ يُقَسَّمُ المَالُ بَيْنَهُمَا إِذَا قَبِلَ القِسْمَةَ مَهْمَا تَنَازَعَا فِي الحِفْظِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في الفصلِ مسائلُ:

إحداها: إذا أوصَىٰ إليه في بَعْض التصرُّفات، لم يتعداها؛ خلافاً لأبي حنيفة؛ حيثُ قال: إذا أوصَىٰ إليه في شيءٍ مما يُوصَىٰ فيه، صار وصياً في جميع ما يُوصَىٰ فيه.

لنا: أنَّه متصرِّف بالإذن والتوليَة فأشبه الوكيل والحاكمُ لا يتصرَّفان في غير ما فوض إليهما، وأيضاً: فالوصيُّ أمينٌ، لا يثبت أمانته في غير المؤتمن فيه؛ كالمودع.

الثانية: يجوز أنْ يُوصِيَ إلى اثنين، فصاعداً؛ كما يجوزُ أن يُوكِّلَ اثنين، ويجوز أن يُوصِيَ إِلَىٰ واحدٍ، وينصب عليه مشرفاً، فلا يتصرَّف الوصيّ إلاَّ بإذنه، ثم إِذا أوصَىٰ إلى اثنين، نُظِرَ: إن كانتِ الوصايةُ في ردِّ الودائع، والغُصُوب، والعواري، وتنفيذ الوصية المعيَّنة، وقضاءِ الديون الَّتي تشملُ التَّركة علَىٰ جنسه، فلكلِّ واحدٍ منهما الانفرادُ به، لأنَّ صاحِبَ الحقِّ مستقلٌّ بالأخذ في هذه الصُّورة، فلا يَضُرُّ الانفرادُ هكذا نقل

صاحبُ «التهذيب» وغيره، ولك أن تقول: هذا أحدُ المواضع الَّتي صرَّحوا فيها بجريان الوصاية في ردِّ الغصوب، والودائع، خلافَ منا ذكره تلْكَ الطائفةُ، ثم وقوع المدفوع موقعه وعدَمُ الردِّ والنقص عند انفراد أحدهما بَيِّنٌ، لكنَّ تجويزَ الانفرادِ لكلِّ واحد منهما ليس بِبَيِّنٍ، فإن تصرفهما في هذه الأموال مستفادٌ من الوصاية، فليكنْ بحسب الوصاية، ولتجيء فيه الأحوالُ التي نذْكُرها في سائِرِ التصرُّفات، وستَجِدُ في كلامِ الأصحاب ما هو كالصريح في أنَّ الحكم كما ذكرتُهُ، وإنْ كانتِ، الوصايةُ في تفرِقَهِ الثلث، وأمور الأطفال، والتصرُّف في أموالهم فلها أحوالٌ ثلاثٌ:

إحداها: أنْ يثبت الاستقلال لكلِّ واحدٍ، فيقول: أوصيتُ إليكما، أو إلَىٰ كلِّ واحد منْكُمَا، أو يقول: كلُّ واحدٍ منكما وصي في كذا: قال: «أبو الفرج الزاز ـ رحمه الله ـ أو يقول: أنتما وصياي في كذا، فلكلِّ واحدٍ منهما الانفرادُ بالتصرُّف، وإذا مَاتَ أحدُهُما أو جُنَّ أو فَسِقَ، أو لم يقبل الوصاية، كان للآخر الانفرادُ، وإنْ ضَعُفَ نَظَر أحدِهِمَا، فكذلك للآخرِ الانفراد، وللحاكم أن يضم إلىٰ ضعيف النَّظَرَ مَنْ يعينه، كما لو أوصىٰ إلَىٰ واحدٍ، فضعف نَظَرُهُ.

الحالة الثانية: أنْ يشترط اجتماعهما على التصرُّفِ، فليس لواحدٍ منهما الانفرادُ، وإنِ انفرَدَ، لم ينفذ البيع والشراء والإعتاق، ويضمن ما أنفق على الأطفال وإنْ مات أحدُهُما، أو فَسَقَ أو جُنَّ، أو غَابَ، أو لم يقبل الوصية نصب الحاكم بَدَلاً عنه، ليصرُّف مع الآخر، وهل له إثباتُ الاستبداد للآخرِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ كما ينصب القيِّم الواحد، ابتداءً.

وأصحُهما: لا؛ لأنَّه لم يرضَ برأيه وحْده، ولو ماتا معاً، فهل للحاكم نصْبُ واحدٍ، أم لا بُدَّ من اثنين اتِّباعاً لرأيه في التفويض إلَىٰ اثنين، فيه الوجهان: قال إمام الحرمين: وليس المرادُ من اجتماعهما على التصرُّف تلفظهما بِصِيَغ العقود معاً، بل المرادُ صدورُه عن رأيهما، ثم لا فَرْقَ بين أن يباشِرَ أحدُهُما، أو غيرهما بِإِذْنِهِمَا.

الحالةُ الثالثةُ: أنْ يطلق قوله: أوصيتُ إليكُمَا، ويقتصِرُ عليه، فالحُكْم كما لو قيَّد بالاجتماع، والتعاوُنِ؛ لأنَّه محتمل[1]، فينزل عليه؛ أخذاً بالأقلِّ، وبهذا قال مالك وأحمد ـ رحمهما الله ـ: وجوز أبو حنيفة لكلِّ واحد منهما الانفرادَ بشراءِ الكَفَن وموارَاة الميِّت وقضاء الديون، وتنفيذ الوصايا، وردِّ الودائع، والإنفاق على الصغار، وقَبُول الهبة، لهم والخُصُومة عن الميت، وَمَنع مِنْ شراءِ العقار، وسائر التصرُّفات، وقَاسَ الأصحابُ ما جوَّزه علَىٰ ما منعه، وعلَىٰ ما إذا وَكَّلَ اثنَيْن، وأطلق حَيْثُ لا يُفرَدُ

---

(١) في ب: المُتيقن.

أحدهما بشيء من التصرُّفات. وقوله في الكتاب: «فإنْ لم يَثْبُتْ الاستقلال، فمات أحدُهُما، لم ينفردِ الثانِي، حيث ينصب القاضِي بدلاً عن الميت» يوافق الوجه الذاهِب إلَىٰ أنَّه لا يجوزُ إِثبات الاستقلال للثاني، ويمكن إعلامه بالواو؛ للوجه الآخر.

المسألة الثالثةُ: إذا قال: أوصيتُ إِلَىٰ زيدٍ، ثم قال: أوصيتُ إِلَىٰ عمرو، لم يكنْ قوله الثاني عَزْلاً للأولِ، ثم إنْ قَبِلا، فهما شريكان، وليس لأَحدهما الانْفراد بالتصرُّف، وإنْ قَبِلَ أحدُهما دون الآخر، انفرد بالتصرُّف ولو قال للثَّانِي: الَّذي أوصَيْتُ به إلَىٰ فلان، فقد أوصيتُ به إلَيْك، فهو رجوعٌ، وهذا كلُّه كما مَرَّ فيما إذا أوصَىٰ بمالٍ لزيدٍ، ثم أَوصَىٰ به لعَمْرٍو، وفي التَّهذِيبِ: أنَّه ينفردُ كلُّ واحد منهما، إذا قال: أوصيتُ إِلَىٰ زيد، ثم قال: أوصيتُ إِلَىٰ عمرو، والاعتمادُ علَىٰ الأول، وهو المذكورُ في «التتمة»، ولو أوصىٰ إلى زيد، ثم قال: ضممتُ إليك عمراً، أو قال لعَمْرٍو: ضَمَمْتُكَ إلى زيدٍ[١]، فإِنْ قبِل عمرو، دُونَ زيدٍ، لم ينفردْ بالتصرُّف، ولكنْ يضم القاضي إِلَيْه أميناً؛ لأنَّه لم يفرده بالوصاية، بل جعله مضموماً إِلَىٰ غيره، وذلك يقتضي الشركةَ، وينبغي أن يجيء في إِثبات الاستقلال له الوجّهَانِ، وإنْ قبل زيدٌ دون عمرو، فالَّذي حكاه المتولِّي وصاحبُ الكتاب في «الوسيط» أنَّه ينفردُ بالتصرُّفِ؛ لأنَّه أفرده بالوصاية إِلَيْه، ويشبه أن يُقَالَ: إنْ ضمَّ عمرو إِلَيْه بسلب استقلاله، لأنَّ الضمَّ كما يشعِر بعدم الاكتفاء، فالمضموم يُشْعِر بعدم الاكتفاء بالمضموم إليه، فليصر عمْرو مشرفاً لزيد، وإنْ قَبِلاَ جميعاً، فلفظ «الوسيط» أنَّهما شريكانِ، ويشبه أن يقالَ: زيدٌ وصًى وعمروٌ مشرفٌ عليه.

المسألة الرابعة: إذا أوصَىٰ إِلَىٰ شخصين، فاختلفا في التصرُّف، نُظِر: إنْ كانا مستقلَّيْن، وقال كلُّ واحد [منهما][٢]: أنا أتصرُّف، حكى الشيْخُ أبو حامد ـ رحمه الله ـ: أنه يقسم بينهما؛ حتَّىٰ يتصرَّف كلُّ واحدٍ منهما في نصفه، فإنْ كان الشيْءُ ممَّا لا يَنْقَسِمُ، ترك بينهما؛ حتَّىٰ يتصرفا فيه، لأنَّه ليس أحدُهما بأولَىٰ من الآخر.

وقال غيره: لا حاصلَ لهذا الخلاف، ومن سبق، نفذ تصرُّفه[٣] وإنْ لم يكونا مستقلين، أمرهما الحاكم بما يَرَى المصلحةَ فيه، فَإِنِ امتنع أحدُهُما، ضَمَّ القاضي أميناً إلى الآخر، وإن امتنعا، أقام مُقَامَهُما آخرَيْنِ، ولا ينعزلان بالاختلافِ، بل الآخران نائبان عنهما، وإنِ اختلفا في تعيين من تُصْرَف إليه الوصيَّةُ من الفقراء، عَيَّنَ القاضي من يراه، وإنِ اختلفا في الحفظ، قال الشافعيُّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: يقسَّم بينهما واختلفوا في موضع النَّصِّ، فَعَنْ أبي إسحاق ـ رحمه الله ـ: أنَّه أراد ما إِذا كَانَا مستقلَّيْنِ، فيقسم

---

(١) في ب: إليك.

(٢) سقط في: ز.

(٣) قال في الخادم: قضيته أن عامة الأصحاب على خلاف مقالة أبي حامد لكن سيأتي في كلامه عن أبي إسحاق ما يوافقه.

ولكلِّ واحدٍ منهما التصرُّف فيما في يده، وفي يد صاحبه، أَما إِذا لم يكونا مستقلَّيْنِ، فلا ينفرد واحدٌ منهما بحفظ شيء، وقال أكثرهم يُقَسَّمُ، سواءٌ كانا مستقلَّيْنِ، أم لا؛ لأنَّه إذا كان المالُ في يدهما، كان النصفُ في يدِ كلِّ واحدٍ منهما، فجاز أنْ يعين ذلك النصف، فحَصَل في القسْمة، إذا لم يكونا مستقلَّين وجْهان، ثم إذا قسم، وتَنَازَعَا في عين النصْفِ المحْفُوظ، فوجهان، في أنَّه يقرع بينهما، أو يُعَيِّن القاضي الأوَّلَ منهما، وهو الذي أورده الحنَّاطِيُّ ـ رحمه الله ـ: هذا إذا كان المالُ المتنازعُ فيه ممَّا ينقسم [أما إذا لم ينقسم][1] فيحفظانه معاً إمَّا أن يجعلاه في بيتٍ، ويقفلا عليه، أو بأنْ يرضَيَا بثالث يحْفَظُه من جهتهما، وإلاَّ تولى القاضي حفْظَه، وهكذا الحكْمُ، إِذا كان مما ينقسم، وقلنا: إنَّه لا ينقسم عند عدم الاستقلال، ثم ذكرَ صاحبُ «التَّهْذِيبُ» أنَّ التفصيلَ المذكورَ فيما إذَا جَعَل إليهما التصرُّف، واختلفا في الحفظ إِلى التصرُّف، فأمَّا إذا جعل الحفظ [إلى اثنين، لم ينفرد أحدهما بحال، وقوله في الكتاب: «ومهما اختلف الوصيَّان» ظاهر اللفْظ يقتضي التصوير في المستقلَّيْن، لكنَّه ذَكَرَ عند الاختلاف في الحفظ][2] وجهين؛ في أنَّ القاضي يتولاه، ويقسِّم، وليس عن الأصحاب هذا الخلافُ، إلاَّ في صورةَ عَدَم الاستقلال، فليحمل الوصيان[3] على الموصَىٰ إليهما، وقوله: «مهما تنازعا في الحفظ» أشار به إِلَىٰ أنَّ وجْهَ القسمةِ مخصوصٌ بالاختلاف في الحفظُ ولا مجالَ له، وفيما إذا اختلفا في تعيين الفقير وعلى ما حكينا[ه] عن الشيخِ أبي حامد أنَّه يُقَسَّمُ هناك أيْضاً، هذا تمام النَّظَر في الأركان، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: أَمَّا أَحْكَامُ الوِصَايَةِ فَإِنَّهَا عَقْدٌ جَائِزٌ، وَلِلوَصِيِّ أَنْ يَعْزِلَ نَفْسَهُ (ح) مَهمَا شَاءَ، وَلَهُ أَنْ يَقْضِيَ دُيُونَ الصَّبِيِّ، وَأَنْ يُنْفِقَ عَلَيْهِ بِالمَعْرُوفِ، وَلَيسَ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَ الأَطْفَالَ، وَلَهُ تَزْوِيجُ إِمَائِهِمْ وَعَبِيدِهِمْ عَلَى الأَظْهَرِ، وَلَيسَ لَهُ أَنْ يَتَوَلَّىٰ طَرَفَي العَقْدِ، وَأَنْ يَبِيعَ مِنْ نَفْسِهِ بِخِلاَفِ الأَبِ، وَلَيسَ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ لِلأَطْفَالِ بِمَالٍ، إِذْ يَسْتَفِيدُ بِهَا وِلاَيَةَ التَّصَرُّفِ فِيهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَصِياً إِلاَّ فِي الثُّلُثِ اسْتَفَادَ اتِّسَاعَ التَّصَرُّفِ بِاتِّسَاعِ الثُّلُثِ، وَمَهمَا نَازَعَهُ الصَّبِيُّ فِي قَدْرِ النَّفَقَةِ وَنَسَبَهُ إِلَىٰ الزِّيَادَةِ فِيهَا أَوْ نَسَبَهُ إِلَىٰ الخِيَانَةِ فِي بَيْعٍ فَالقَوْلُ قَوْلُ الوَصِيِّ فَإِنَّهُ أَمِينٌ وَالأَصْلُ عَدَمُ الخِيَانَةِ، وَإِنْ نَازَعَهُ فِي تَارِيخِ مَوْتِ الأَبِ أَوْ تَكْثِيرِ النَّفَقَةِ أَوْ فِي دَفْعِ المَالِ إِلَيهِ بَعْدَ البُلُوغِ فَالقَوْلُ قَوْلُ الصَّبِيِّ، إِذ الأَصْلُ عَدَمُ الرَّدِّ وَالمَوْتُ وَإِقَامَةُ البَيِّنَةِ عَلَيهِما مُمْكِنٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مِنْ أحْكَامِ الوصايةِ الجوازُ، فللموصِي الرجُوعُ مَتىٰ شاء، وللوصيِّ

(١) سقط في: ز.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في ز: الوصيتان.

عزْلُ نفْسِهِ، متَىٰ شاء[١].

وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: ليْسَ له عزْلُ نفْسِه بعْد موْت الموصِي، ولا في حياتِهِ إلاَّ بحُضُوره لنا: أنَّه متصرِّفٌ بالتولية والتفويض، فأشبه الوكيلَ وقيِّم الحاكم.

ومنْها: الوصيُّ[٢] يقضي ديون الصبيِّ من الغرامات، والزكوات، وكفارة القتل، وفي الكفارة وجْهٌ [لأنها ليست على الفور وينفق عليه وعلى من عليه نفقته كما ذكرنا في التتمة في «بابِ الحَجْر» ولينفق بالمعروف، وهو ألا يكون فيه إسرافٌ ولا تقتير[٣]، فإنْ أسرف، ضَمِنَ الزيادةَ، ويشتري له الخادِمُ عند الحاجة، إذا كان مثلُه يخدم.

وإذا بلغ الصبيُّ، ونازعه في أصْلِ الإنفاق، صُدِّق الوصي بيمينه، لأنَّه يعسر إقامة البينة علَيْه، ولو قال: أسرفت في الإِنفاق، فإنْ كانَ ذلك بعْد تعيينهما قدْرَ النفقة، نُظِر فيه، وصدِّق من يقتضي الحالُ تصديقَهُ، وإنْ لم يعينا، فالمصدَّق الوصيُّ؛ لأنَّه يدعي

---

(١) قال النووي في زياداته: إلا أن يتعين عليه، أو يغلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم من قاضٍ وغيره. والله أعلم.
هذه الزيادة تابع الشيخ فيها أبا عمر وابن الصلاح في فتاويه. وكذا أجاب الشيخ ابن عبد السلام وزاد ولا يصح عزله، وذكر في الخادم عن بعضهم أنه قال: إذا كان حفظ مال اليتيم فرض كفاية والشروع في فروض الكفاية يوجب الاتمام على الأصح فينبغي أن يحرم على الموصي عزل نفسه مطلقاً. وجوابه أن ذلك في قطع يفوت به المقصود كصلاة الجنازة دون ما لم يفت لأن محل الجواز إذا لم يضيع بعزله، ومحل الجواز أيضاً إذا لم يكن إجارة لازمة فإن كانت فقد ذكر الماوردي أنه يلزمه القيام بها وإن ضعف عنها استؤجر من ماله من يقوم مقامه فيما يعجز عنه وله الأجرة المسماة.
قال في الخادم: وفي كلامه إشكال من وجهين:
أحدهما: تجويزه الإجازة فيه فإن الشروع لا يتصل بالعقد ويمكن تصويرها بما إذا استأجره القاضي على الاستمرار في الوصية لمصلحة رآها.
الثاني: هذه إجارة عين فكيف يستأجر غيره.
قال صاحب الخادم ـ وسكتا يعني الشيخين عن حال الوصي قبل القبول هل يلزمه أم لا، ونقل عن الماوردي أنه قال: إن كان يعلم من نفسه الأمانة والقدرة فيستحب له القبول، وإن لم يعلم من نفسه ذلك فيختار له أن لا يقبل.
قال الزركشي: وعلى هذا فإن علم الخيانة أو التضييع فالوجه التحريم إلى آخر ما ذكره في الخادم.

(٢) قال في الخادم: إنما يقضي الدين عند الطلب وما قاله في كفارة القتل هو فيما إذا أعتق من مال الصبي، فإن كان الاعتاق عن الصبي من مال الصبي لم يجر، ولا بد من قبول الحاكم بخلاف الأب والجد. كذا قاله المصنف في باب كفارة القتل، وأطلق في الصداق المنع في صورة الولي من مال نفسه.

(٣) سقط في: ز.

خيانته، والأصلُ عدمُ الخيانةِ، وفي «التهذيب» أنَّ مِنَ الأصحابِ مَنْ جعل في قبولِ قولهِ في قَدْرِ ما ينفق عليه وجْهَيْنِ، وهذا، على غرابته، يجيءُ في أصل الإنفاق[1]، بطريق الأولَىٰ، ولو ادَّعَىٰ على الوصيِّ: أنَّه خان في بيع ماله، بأنْ باعه من غيرِ حاجةٍ ولا غِبْطَة، فالَّذي في الكتاب إطلاقُ القولِ بتصديقِ الوصيِّ توجيهاً بأنَّ الأصْلَ عدم الخيانةِ، وقد ذكرنا في «باب الحَجْر» أنَّ من الأصحاب من جَعَلَ المسألةَ علَىٰ وجهين، ومنْهم مَنْ قال: لا يصدَّق في العقار، وفي غيره وجهان، ورجَّحوا وجه المنع، علَىٰ خلافِ جوابِ الكتاب، وربما يُعَارَضُ قوله: «إذ الأصلُ عدم الخيانة» بأنْ الأصْلَ عدمُ الحاجةِ والغبْطَةِ وبأن الأصلَ عدم استمرارِ ملكه.

ولو تنازعا في تاريخ مَوْت أَبيه، فقال: مات منذُ خمس سنين، وقال الوصيُّ منذ ستٍّ، وهما متفقان على اتفاقه من يوم الموتِ، فعنِ، الإصطخريِّ ـ رحمه الله ـ: تصديق الوصيِّ، والأصحُ خلافه، وهو المذكور في الكتاب؛ لأن الأصلَ عدم الموت في الوقت الَّذي يدعيه، وإقامة البينة عليه هينةٌ بخلاف الإنفاق ولو ادَّعَى الوصيُّ دفْعَ المال إليه بَعْد البلوغ، وأنكرَ، فهو المصدَّق بيمينه، وعلى الوصيِّ البينة، وفيه وجه أنَّه يُصدَّق الوصيُّ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد ـ رحمهما الله تعالى ـ والمسألةُ مذكورةٌ مرة في «الوكالةِ» مشروحةٌ هناك، نعم، لفظ الكتابِ في «الوكالةِ»: القَيِّم وحكم الوصيِّ وقيِّم الحاكمِ واحدٌ في ذلك ويُقبل قولهما في دعوى التَّلَفِ بالغَصْبِ، والسرقةِ، والنزاع بَيْن الوصيِّ، والمجنونُ بَعْدَ الإفاقةِ في جميعِ ذلك، كنزاعِ الصبيِّ، إذا بلغ، وإذا بلغ الصبيُّ مجنوناً أو سفيهاً، استمر ولاية الوصيِّ على ما سَبَقَ في «بابِ الحَجْر» ثم يُنْظَرُ: إنْ رأىٰ أنْ يَدفعَ إلى المبذر نفقة أسبوع فعل، فإنْ كانَ لا يَثِقُ به دَفَعَها إلَيْه يوماً بيوم، ويكسوه كُسْوة مثله، فإنْ كانَ يخرقها، هدده، فإنْ لم يمتنعِ، اقتصر في البيت علَىٰ إزار، فإذا خَرَجَ كساه، وجعل عليه رقيباً.

وَمِنْهَا: ليس للوصي تزويجُ الأَطْفَالِ، ذكر الموصى له ذلك أو لم يذكر؛ لما مرَّ، وإذا بلغ الصبيُّ سفيهاً، استمرَّ نظر الوصيِّ، واعتبر إذنه في نكاحه، علَىٰ ما سنذكر حكْمَ نكاحِ السفيه في موضعه ـ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ـ وذَكَر القاضي الرويانيُّ في «الحليةِ» أن الوصيَّ يزوِّجه بإذن الحاكم، واعتبارُ إذْنِ الحاكم لا مَعْنَىٰ له.

وأمَّا قولُهُ في الكتابِ: «وله تزويجُ عبيدِهِمْ وإمائِهِمْ علَى الأظهرِ» هذا مبنيٌّ على أنَّ تزويجَ عبدِ الصغير وأمته، هل يجوزُ، وموضِع بيانه «كتاب النكاح» وهناك تبين أنَّه غير مساعد على ترجيح وجْهِ الجواز.

---

(١) قال الخادم: دعوى إغراب البغوي غريب من أن القاضي الحسين وصاحب الشامل والبيان والنهاية حكوا الوجهين في الوصي وجزموا في الأب والجد بتصديقهما.

ومنهَا: لا يبيع مال الصبيِّ من نفسه، ولا مال نفسه منه، ولا يتولّى الطرفين في بيع مال صغير من صغير، بخلاف الأبِ؛ لقوّة ولايته، وعن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أنَّ له أنْ يبيعَ مالَ الصَّبيِّ من نفسه بأكثر من ثمن المثل ويتولّى الطرفين.

لنا: أنَّهُ متصرِّف بالتفويض، فلا يبيع المالَ من نفسه؛ كالوكيل، ويجيء فيما تقدَّم من نظائر المسألة في الوكالة وجهٌ في أنَّه يبيع من نفسه، ويتولَّى الطرفين.

وَمنْهَا: تجوز شهادةُ الوصيِّ على الأطفال، ولا يَجُوزُ أنْ يشهدَ لهُمْ بمالٍ؛ لأنَّه يثبت لنفسه ولاية التصرف، وكذا: لو لم يكن وصيّاً إلاَّ في تفرقة الثلث؛ لأنَّه إذا زاد المال، اتَّسَعَ الثلُثُ الَّذي هو محل التصرُّف، ولو كان وصيّاً في مال معيَّن، فشهد بمال آخر، جاز.

هذا شرح ما في الكتاب.

ويجوز أنْ يوكِّل الوصيُّ فيما لم تجر العادةُ بمباشرته لمثله، ولا يبيع شيئاً من مال كبار الورثة [بغير إذنهم][1] وعن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنَّه إذا كان بيع جميعِ العينِ أَصلح للصَّغير والكبير، فله البيعُ من غير إذْنِ الكبير، وإذا أَوصَىٰ بثلثِ ماله، وليس له إلاَّ عبدٌ، لم يَبع، الوصيُّ إلاَّ ثلثه، وجوَّز أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ بَيْع الجميع، ولو كان الوصيُّ والصبيُّ شريكَيْن، فلا يستقلُّ بالقسمة؛ لأنَّها، إنْ كانت بيعاً، فليس له تولِّي الطرفين، وإنْ كانت إفراز حقٍّ، فليس له أنْ يقبض لنفسه من نفسه.

وفي «فتاوى القفَّال» ـ رحمه الله ـ: أنَّه ليس له خلْطُ حنطتِه بحِنْطَة الصبيِّ ولا دراهمه بدَارَهِمِهِ؛ وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ﴾ [البقرة ـ ٢٢] محمولٌ علَىٰ ما لا بدَّ منه للإرفاق، وهو خلطُ الدقيقِ بالدَّقيق، واللحم باللحم؛ للطَّبخ ونحو، وأنَّه لو أَوصَىٰ إلَىٰ رجل، فقال: بعْ أرضِي الفلانيةِ، واشترِ مِنْ ثمنها رقبةً، فأعتقها عني [وأحج عني] واشتر من الخبز مائةَ منٍّ، فأطعمه الفقراءَ، فباع الأرض بعَشَرة، وكانَ لا تُوجَدُ الأرض بأقَلَّ من عشرة، ولا يوجد الحجُّ بأقلَّ من عشرَةٍ، ولا يُباعُ الخبزُ بأقلَّ من خمسةٍ، فتوزع العشَرةُ عليها علَىٰ خمسة أسهم، ولا يحصُلُ الإعتاق والحَجُّ بحصتهما، فيضم إلَىٰ حصةِ الخُبْز تمامُ الخمسة، وتنفذ فيه الوصيةُ ويردُّ الباقي على الوَرَثَةِ؛ كما لو أَوصَىٰ لكلِّ واحدٍ من زيد وعمرو بعَشَرة، وكان ثلاثة عشر، ورد أحدهما يدفع العَشَرة إلى الآخر، ولو قال: اشترِ مِنْ ثلثِي رقبةً، فأعتقها، وأحج عني، واحتاجَ كلُّ واحد منهما إلى عشرة، فإن قلنا: يقدَّم العتقُ، صُرِفَتِ العشرةُ إلى العتْق، وإلا، فينبغي أنْ يُقْرَع بينهما، ولا يُوزَّع، إذْ لو وُزِّعت العَشَرة، لم يحصلْ واحدٌ منهما، وفي «الجرجانيات»

---

(١) سقط في: ز.

لأبي العَبَّاس الرويانيِّ حكايةُ وجهين في أن الوصيِّ، وهل يجبُ عليه الإشهادُ في بيع مال اليتيم؟ والأصحُّ المنعُ، ووجهين في أن الوليِّ، لو فسق قبل انبرام البَيْع، هل يبطُلُ البيع[١]؟ ووجهين في أنَّ الوصاية، هلْ تنعقدُ بلفظ الولاية بأنْ يقولَ: وليتكَ كذا بَعْد[٢] موتي؟ وذكر الأستاذ أبو منصور ـ رحمه الله ـ: أن للوصيِّ أن يضارب بمال اليتيم؛ بشرط ألاَّ يخرجَ من البلد، فإن دفعه مضارَبَةً إلى من يخرج به، ضَمِنَ، وهذا جوابٌ علَىٰ منع المسافرة بمال اليتيم، ، وقد سَبَقَ في «باب الحَجْر»[٣] أن الأظهر خلافُهُ عند أَمْن الطريق، والله أعلم.

ولو أوصَىٰ إلى الله تعالَىٰ، وإلى زيدٍ، فقياسُ ما سبق فيما إذا أوصَىٰ لله تعالَىٰ، ولزيدٍ مجيء وجهين:

أحدهما: أن الوصايةَ إلَىٰ زيد.

والثاني: أن الوصايةَ إلَىٰ زيدٍ، وإلى الحاكم[٤]، ويدلُّ عليه ما رَوَيْنَاه في أوَّل البابِ منْ وصاية ابن مسعود ـ رضي الله عنه ـ.

ولو أوصَىٰ بشيء لرجل لم يذكره، وقال: سمَّيته لوصيٍّ، فللورثَة ألا يصدقوه وفي شرح «أدب القضاء» لأبي عاصم العبَّادِيِّ ـ رحمه الله ـ: «أنه لو قال: سميته لوصيِّ زيْدٍ وعمرو، فعيَّنَا رجلاً، استحقه، وإن اختلفا في التعْيين، فقولان في أنَّه تبْطُلُ الوصية» أو يحلف كلُّ واحد منهما مع شاهده وفي الزياداتِ لأبِي عاصم: «أنه إذا خافَ الوصيُّ أن يستوليَ غاصبٌ علَى المال، فله أنْ يؤدِّيَ شيئاً؛ لتخليصه والله يعلم المفْسِدَ من المُصْلِح[٥]».

---

(١) سكت الشيخ عن الترجيح.

قال في الخادم: والظاهر أنه لا يبطل بل يقوم الحاكم مقامه، ويفعل الأحظ للمولى عليه، وهذا فيما إذا لم يبلغ الصبي رشيداً فلو بلغ فينبغي انتقاله إليه.

(٢) قال في الخادم يشبه أن يكونا في كونها كناية وأن يكونا في غير منصوب القاضي.

(٣) قال الشيخ البلقيني: الذي ذكره في الحجر جواز المسافرة في البر فأما المسافرة في البحر فإنه لا يجوز وإن كان الغالب فيه السلامة على المذهب كما سبق في الحجر في زيادات النووي وإن النص يقتضي خلافه.

(٤) قال في الخادم: كلام الرافعي يشعر بترجيح الأول والظاهر القطع به فإن المفهوم عرفاً من إطلاق هذا اللفظ، وإنما يذكر اسمه تبارك وتعالى تبركاً وتوكلاً واستعطافاً إلى آخر ما ذكره.

(٥) قال في الخادم: ويجب اجتهاده في ذلك الشيء حتى لا يدفع له قدراً مع ظنة اندفاعه بما دونه ثم ذكر احتمالاً بعدم الدفع وهو ضعيف. وقال الشيخ جلال الدين البلقيني: عامل القراض والشريك إذا دفع مالاً لتخليص مال القراض من الظالم ينبغي أن يلحق بذلك.

كِتَابُ الوَدِيعَةِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَحَقِيقَتُهَا اسْتِنَابَةٌ فِي حِفْظِ المَالِ، وَأَرْكَانها كَأَرْكَانِ الوِكَالَةِ، وَصِيغَتُهَا كَصِيغَتِهَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: استأنس العلماء في الباب بقوله تعالىٰ: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء ـ ٥٨]، وبقوله تعالىٰ: ﴿فَلْيُؤَدِّ الَّذي أُؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ﴾ [البقرة ـ ٢٨٣] وبما رُوِيَ أنه ﷺ قال: «أَدِّ الأَمَانَةَ إِلَىٰ مَنْ ائْتَمَنَكَ، وَلاَ تَخُنْ مَنْ خَانَكَ»(١). والوديعةُ: هي المالُ الموضوعُ عند الغيْر؛ ليحفظه(٢)، والجَمْعُ «الودائع»، واستودعه الوديعة، أي: استحْفَظَهُ إياها.

وعن الكسائي ـ رحمه الله تعالى ـ يقال: «أودعْتُهُ كذا، إذا دفَعْتُ إليه الوديعة، وأودعته كذا، إذا دَفَعَ إليك الوديعةَ، [فقبلتها] فهي من أسماء الأضداد، والمشهورُ في الاستعمال المعنَىٰ الأول، وقد ذكر أن اللَّفْظ مشتقٌّ من الدعة، وهي الحفظ والرَّاحَةُ، ويقال: وَدَعَ الرجلُ، فهو وديعٌ ووادع؛ لأنَّها في دَعَةٍ عند المودَع، لا تبدَّل ولا

---

(١) أخرجه أبو داود. والترمذي والحاكم من حديث أبي هريرة، تفرد به طلق بن غنام عن شريك، واستشهد له الحاكم بحديث أبي التياح عن أنس، وفيه أيوب بن سويد مختلف فيه، وذكر الطبراني أنه تفرد به، وفي الباب عن أبي بن كعب ذكره ابن الجوزي في العلل المتناهية، وفي إسناده من لا يعرف، وروى أبو داود. والبيهقي من طريق يوسف بن ماهك عن فلان عن آخر، وفيه هذا المجهول، وقد صححه ابن السكن، ورواه البيهقي من طريق أبي أمامة بسند ضعيف، ومن طريق الحسن مرسلاً، قال الشافعي: هذا الحديث ليس بثابت، وقال ابن الجوزي: لا يصح من جميع طرقه، ونقل عن الإمام أحمد أنه قال: هذا حديث باطل لا أعرفه من وجه يصح. قاله الحافظ في التلخيص.

(٢) قال في الخادم: قضيته أن ما ليس بمال من المختصات كالنجاسات المنتفع بها لا يصح إيداعه وخرج بقوله «الموضوع» الأمانات الشرعية كما لو طيرت الريح ثوباً إلى داره، والعين في يد الملتقط فإن الائتمان فيها من جهة الشرع لا من المالك إلا أنه قد يخرج العقار وسيذكر الرافعي أنه لا فرق بين المنقول والعقار، ثم قال وخرج بقوله ليحفظه يد الغاصب ويد المستعير إلى آخر ما ذكره.

تستعمل، أو مِنْ قولهم: يدع كذا أي: يَتْرُكُهُ؛ لأنها متروكَةٌ مستقرة عنْد المودَعِ[١]، ومَنْ أَودَعَ وديعةً، وهو عاجزٌ عن حفظها، لم يَجُزْ له قبولُها[٢]، وإنْ كان قادراً، لكنه لم يَثِقْ بأمانة نفسه، فمنهم: مَنْ يقول: لا يجُوزُ له القَبُول[٣]، ومنْهم: من يقول: يُكْرَهُ، وإن كان قادِراً علَىٰ حفظها واثقاً بأمانةِ نفسه، فيستحَبُّ له القبول، فإن لم يكن هناك غيره، فقد أطلق مطلِقُون تعْيينَ القبول عليه، وهو محمولٌ علَىٰ ما بينه الشيخُ أبو الفرَجِ في «الأمالي» وهو أنه يجب أصْلُ القبول، دون أن يتلف منفعة نفسه، وحرزه في الحفظ، من غير عوَضٍ وقوله في الكتاب: «وحقيقتها استنابةٌ في حفظ المالِ» ظاهرُ

---

(١) الوديعة لغة: فعيلة بمعنى مفعولة، من الودع، وهو: الترك. قال ابن القطاع: ودعت الشيء ودعاً: تركته. وابن السكيت، وجماعة غيره، ينكرون المصدر، والماضي من «يدع» وقد ثبت في «صحيح مسلم». «لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات» وفي «سنن النسائي» من كلام رسول الله ﷺ. «اتركوا الترك ما تركوكم، ودعوا الحبشة ما ودعوكم» فكأنها سميت وديعة، أي: متروكة عند المودع. وأودعتك الشيء: جعلته عندك وديعة، وقبلته منك وديعة، فهو من الأضداد.

ينظر: الصحاح: ١٢٩٦/٣، المغرب: ٤٧٩، المطلع: ٢٧٩ واصطلاحاً:

عرفها الحنفية بأنها: توكيل لحفظ مال غيره تبرعاً بغير تصدق.

عرفها الشافعية بأنها: العقد المقتضي للاستحفاظ أو العين المستحقة به حقيقة فيها، وبتعريف آخر: توكيل من حفظ مملوك أو محترم مختص على وجه مخصوص.

عرفها المالكية بأنها: مال وكل على مجرد حفظه.

عرفها الحنابلة بأنها: اسم للمال المودع المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض.

ينظر: الإنصاف: ٣١٦/٦، الشرقاوي على التحرير: ٩٦/٢، حاشية الدسوقي: ٤١٩/٣، كشاف القناع: ١٦٦/٤. مجمع الأنهر ٣٣٧/٢. الفواكه الدواني ٢٣٧/٢.

(٢) قال في القوت: هذا واضح إذا جهل المالك الدافع حاله لا ما إذا علم به، فلو أخذها فهل تكون مضمونة بمجرد الأخذ أولاً؟ فيه نظر، والأقرب المنع، لأن المالك رضي بيده. نعم لو أودعه وكيل أو ولي حيث يجوز له الإيداع ضمن بمجرد الأخذ. قلته تفقهاً ثم رأيت في محيط ابن يونس تقييد التحريم على العاجز بما إذا ظن المالك به القدرة.

(٣) لم يصرح الشيخ بترجيح لكن النووي في المنهاج جرى على الكراهة.

قال في القوت: وبالتحريم أجاب أصحاب الحاوي والمهذب والذخائر والمحيط والحلية ثم قال ويتجه أن يقال إن غلب على ظنه الخيانة أو علمها من نفسه، وعادته حرم وإن غلب على ظنه الحفظ وأداء الأمانة فلا، وإن تردد على السواء فوجهان وقال ابن الرفعة: إن للخلاف التفاتاً على الخلاف فيما إذا خاف الخيانة هل يجوز الالتقاط، وقد يُرتب لأن خوف الخيانة فوق عدم الوثوق بالأمانة. قال: ويظهر أن هذا كله فيما إذا أراد قبولها من غير اطلاع المالك على الحال فإن أطلعه فرضي بذلك فلا تحريم ولا كراهة، وكذا محل ذلك إذا لم يتعين القبول فإن تعين فقد يقول عند الخوف به أيضاً كما في ولاية القضاء انتهى.

وهذا كله في المتردد ولا ترجيح عنده كما أشرت إليه. انتهى كلام القوت.

النظم يقتضي عَوْدَ الكتابة إلى الوديعة، [لكن الوديعة][(١)] في تفسير الفقهاءِ واللُّغويِّينَ هي المالُ نفسه، والذي ذكره حقيقةُ الإِيداع، فليتناول[(٢)] اللفظ وفي لفظ «المال» ونحوه ما يبين أن الخمر ونحوها لا تودع، وإذا كان الإيداعُ عبارةً عن الاستنابة في الحفْظ، كان توكيلاً خاصًّاً، فلذلك قال: «وأركانُها كأرْكَانِ الوكالة» وأركانُ الوكالة على ما بينت في بابها أربعةٌ: ما فيه التوكيل؛ وهو الحفظُ ها هنا، والوكيل، والموكل، ويُسَمَّيَانِ في هذا التوكيل: المُودِعُ، والمودَعُ، والصيغةُ، ولا بدَّ من جهة المودع من صيغة دالة على الاستحفاظ؛ كقوله: استودعْتُكَ هذا المالَ، أو أودعتُكَ، أو استحفظتك، أو أنبتك في حفظه، أو أحفظه عندك، أو هو وديعةٌ عندك، وما في معناها[(٣)]، وهلْ يُعْتَبَر القبول باللفظ من المودَعِ؟ قيل: لا، ويكتفي بالقبض بكيفيته في العقار والمَنْقُول، وقيل: نعم، وقيل: يفرِّق بين أن يقول: أودَعْتُك، وما هو علَى صيغ العُقُود، وبين أن يقول: احفظه أو هو وديعةٌ عندك؛ وهي بعينها كما ذكرنا في الوكالة، والأظْهَرُ الأوَّل، وإِلَىٰ هذه الجملة أشار بقوله «وصيغَتُها كَصِيغَتِها» ولو قال: إِذَا جاءَ رأْسُ الشهر، فقد أودعتك هذا، فجواب القاضي الرويانيِّ في «الحلية» الجوازُ، والقياسُ تخريجُه على الخلاف في تعليق الوكالَةِ، ولو جاء بماله ووضعه بَيْن يَدَيْ غيره، ولم يتلفَّظْ بشيء، لم يَحْصُلِ الإِيداعُ، فلو قبضه الموضوعُ عنده، ضَمِنَهُ، وكذا لو كان قَد قال مِنْ قَبْلُ: أريد أن أودعك، ثم جاء بالمالِ، وإن قال: هذا وديعَتِي عندك، أو احفظه، ووضَعَهُ بين يديه، فإن أخذه الموضوعُ عنده، تَمَّت الوديعة، إذا لم يعتبر القبولُ اللفظيُّ، وإن لم يأخذه، نُظِر: إن لم يتلفظ بشيء، لم تكن وديعةً، حتى لو ذهب وتركه، فلا ضمانَ عليه، نعم: يأثَم، إن كان ذهابُه بَعْد ما غاب المالِكُ، وإن قال: قبلْتُ أوضعه فوضعه، كان إيداعاً، كما لو أخذه بيده، كذا قال في «التهذيب» وقال في «التتمة»: أنه لا يكونُ وديعةً، ما لم يقبضه، وفي فتاوى صاحب «الكتاب» ـ رحمه الله ـ أنه إنْ كان الموضِعُ في يده، فقال: ضعْهُ، دخل المال في يَدِهِ لحصولِهِ في الموضع الَّذِي هو في يَدِهِ، وإنْ لم يكُنْ كما لو قال: انْظُرْ إِلَىٰ متاعي في دكاني، فقال: نعم، لم يكنْ[(٤)] وديعةً، وعلى الأول: لو ذهب[(٥)] الموضوع عنده، وتركه، فإن كان المالك حاضراً بعد، فهو ردٌّ للوديعة، وإن

---

(١) سقط في ز. (٢) في ز: فليأول.

(٣) قال في القوت: هذا في الناطق الحاضر، وتكفي إشارة الأخرس المفهمة وكذا كتابة الغائب فيما أراه وكذلك الحاضر بالبلد على الأصح كالبيع وأولى.

(٤) لم يصرح الشيخ بترجيح، ورجح الرافعي في الشرح الصغير مقالة البغوي. قال في الخادم: ويؤيده ما جزم به الرافعي في الكلام على قبض المبيع لو جاء البائع بالمبيع فقال المشتري: ضعه فوضعه حصل القبض.

(٥) في أ: وهبه.

غاب المالك، ضَمِنَهُ، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَالتَّكْلِيفُ شَرْطٌ فِي العَاقِدَيْنِ، فَلَوْ أَخَذَ الوَدِيعَةَ مِنْ صَبِيٍّ ضَمِنَ إِلاَّ إِذَا أَخَذَ تَخْلِيصاً عَلَىٰ وَجْهِ الحِسْبَةِ، فَإِنَّهُ لاَ يَضْمَنُ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ أَوْدَعَ عِنْدَ صَبِيٍّ فَأَتْلَفَهُ الصَّبِيُّ لَمْ يَضْمَنْ عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ، لِأَنَّهُ مُسَلَّطٌ عَلَيْهِ، كَمَا لَوْ أَقْرَضَهُ أَوْ بَاعَهُ، وَكَذَا الخِلاَفُ فِي تَعْلِيقِ الضَّمَانِ بِرَقَبَةِ العَبْدِ إِذَا أَوْدَعَ فَأَتْلَفَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لا يصحُّ الإيداع إلاَّ من مكلَّف، فلو أودعه صبيٌّ أو مجنونٌ مالاً، لم يقبله، وإن قبله، ضمن، ولا يزولُ الضمانُ إلاَّ بالردِّ إلى الناظر في أمره، نَعَمْ، لو خاف هلاكه، في يده، فأخذه على وجه الحسبة صوناً له، ففي الضمان وجْهَانِ، كالوجهين فيما إذا أخذ المُحْرِم صَيْداً من جارحةٍ ليتعهده، والظاهر أنه لا يَضْمَنُ[1]، ولا يصحُّ الإيداع إلاَّ عند مكلَّف؛ لأنه استحفاظ، والصبيُّ والمجنونُ ليسا من أهْلِ الحفْظِ فلو أودع مالاً عند صبيٍّ، فتلف عنده، لم يضمن؛ إذ ليس عليه حفظه فأشبه ما لو تركه عند بالغ من غير استحفاظ، فتلف، وإنْ أتلفه، فقَوْلاَنِ، ويقال: وجهان:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة: أنه لا يضمن لأنَّ المالك سلَّطه عليه، فصار كما لو أقرضه أو باعه منه، وأقبضه، فأتلفه، فلا ضمانَ علَيْهِ.

والثاني: وبه قال أحمد ـ رحمه الله ـ: «أنه يضمن، كما لو أتلف مال الغير من غير سَبْقِ استحفاظ» ولا تسليط على الإتلاف[2].

---

(١) قال الأذرعي: قال الدارمي: لو أودع مراهق رجلاً وديعة لغيره ضمنها المودع وإن كانت للصبي فأخذها ليحفظها ضمن وإن أخذها ليعطيها الحاكم أو وليه فوجهان وإن ردها إليه ضمن جزماً، والظاهر أنه لو علم أنها لغيره وأنه استولى عليها بغير إذنه فأخذها منه ليردها على المالك أنه يجري فيها الخلاف في الأخذ من الغاصب للرد والأصح المنع، وإذا جوزنا الأخذ للرد فادعى ذلك ونازعه الولي أو المالك وقال، بل أخذتها منه للحفظ هل يصدق فيه نظر، وهذا النزاع إنما يجيء عند التلف أو النقص أو في طلب الأجرة إذا مضى زمن لمثلة أجرة.

(٢) ما رجحه الشيخ هو المعتمد لكنه قال بعد ذلك: إن قلنا: الوديعة عقد لم يضمن الصبي أو مجرد ائتمان ضمن. وقضية ذلك أنه لا ضمان لأن الأصح أنها عقد.

قال في القوت: والظاهر أن الخلاف فيما إذا أودعه المطلق التصرف ماله، فإن كانت لغيره دخلت في ضمانه بالاستيلاء كما لو أودعه صبي أو مجنون أو سفيه محجور عليه أو غاصب ونحوه. ولا شك في ضمانه بالإتلاف، والحالة هذه وخصص بعضهم الخلاف في صورة الكتاب بغير القتل. أما لو كان عبداً فقتله ضمنه بلا خلاف. قال صاحب القوت: إن صح هذا جاء مثله في البغل والحمار وكل ما لا يؤكل لحمه من الحيوان. وقال الشيخ جلال الدين البلقيني: لو أودع صبياً مالاً ثم إن الصبي رد عليه عين ذلك في صباه كان ذلك مبرئاً للصبي، ولو أنكر المالك لا يحلف=

قال ابن الصبَّاغ وغيره: «وهذا أظهر» وليس الإيداعُ كالبيع والإقراض؛ لأن ذلك تمليكٌ وتَسْليطٌ على التصرف، والإيداعُ تسليطٌ على الحفظ دون الإتلاف والتصرف.

ولو أودع ماله عبْداً، فتلف عنده، فلا ضَمَان، وإن أتلفه فهل، يتعلَّق الضمان برقبته، كما لو أتلف ابتداءً أو بذمَّته دون الرقبة، كما لو باعه؟ فيه الخلافُ المذكور فِي الصبيِّ، وإِيداعُ السفيه، والإيداعُ عنده كإيداع الصبيِّ، والإيداع عنده، وإذا تأمَّلْتَ هذه الصور، عَرَفْتَ أنَّ التكْلِيفَ في العاقدين غَير مكتفي به، بَل يُعْتَبَرُ مع ذلك جوازُ التصرُّف، ولو قلْتَ: يشترط فيهما جوازُ التصرف، استغنَيْتَ عن التعرُّض للتكليف.

واستنبطُوا من الخلافِ المذْكُور في الصبيِّ والعبْد أصلاً في الباب، وهو أنَّ الوديعة عَقْدٌ برأسه أم إِذْنٌ مجرَّد، إن قلْنا: إِنه عقْدٌ، لم يضمنه الصبيُّ، ولم يتعلَّق برقبة العبد، وإنْ قلنا: إذْنٌ مجرَّد، ضمنه الصبيُّ، وتعلَّق برقبة العبد، وخَرَّجُوا علَىٰ هذا الأصل وَلَدَ الجارية المودعة، ونِتَاج البهيمة، فإن جعلناها عقداً، فالولد وديعةٌ كالأم، وإلا لم تكن وديعةً بل أمانة شرعية في يده يجب ردها في الحال؛ حتَّىٰ لو لم يرد مع التمكُّن، ضمنه على أظهر الوجهين، هكذا أورده صاحب «التهذيب» وقال: أبو سعيد المتولي: إنْ جعلناها عقداً، لم يكنْ وديعةً، بل أمانةً؛ اعتباراً بعَقْد الرَّهْن، والإجارةِ، وإلا فيتعدَّى حكْمُ الأمِّ إلى الولد، كما في الضحيَّة أو لا يتعدَّى، كما في العاريَّة؟ فيه وجهان، وعلى الأصل المذكور خرَّج بعضُهُم اعتبارَ القَبُولِ لفْظاً، إن جعلناها عقداً، اعتبرناها، وإلا اكتفينا بالفِعْلِ.

واعلم أن الموافق لإطْلاَقِ الجمهور كَوْنُ الوديعة عَقْداً[1]، وعلَىٰ ذلك تنطبقُ عبارةُ صاحب الكتاب في مواضع؛ نحو قوله: والتكليفُ شرطٌ في العاقدين، وقوله بعد هذا: «إنها عقد جائز».

= الصبيّ في حال صباه بل ينتظر بلوغه ولو ادعى بعد بلوغه الرد عليه أو التلف عنده على حكم الأمانة فالقول قوله مع يمينه، وكذلك لو ادعى تلفه عنده قبل بلوغه لا يحلف بل ينتظر كما تقدم.

(١) قال الشيخ الإمام البلقيني: هذا الاستنباط غير مسلم، فإنا إذا قلنا إن الوديعة عقد برأسها لم يلزمه من ذلك أنه إذا أتلف العبد أو الصبي الوديعة ألا يضمناها لأنه يمكن أن يكون عقداً بنفسها، والضمان يتوجه إلى من أتلفها من صبي أو عبد، وإذا قلنا: إن الوديعة إذن مجرد فإنه لا يضمن الصبي والعبد لأنه يمكن أن يكون إذناً مجرداً ولا ضمان على المتلف من صبي أو عبد.
فإن قيل إذا قلنا: إنها مجرد إذن واستحفاظ فليس فيها تسليط على الإتلاف. قلنا: وكذلك إذا قلنا: إنها عقد برأسها فإنه ليس فيها تسليط على الإتلاف. ثم قال: هذا الاستنباط لم يذكره الشافعي ولا أحد من الأصحاب في الطريقين إلا البغوي في تهذيبه ومن تبعه وفي التتمة نحوه وهو استنباط مردود بما كتبناه على الحاشية انتهى وقال الأذرعي: إن القاضي الحسين ذكره وأتباعه.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **أَمَّا حُكْمُ الوَدِيعَةِ فَهُوَ عَقْدٌ جَائِزٌ مِنَ الجَانِبَيْنِ يَنْفَسِخُ بِالجُنُونِ، وَالإِغْمَاءِ، وَالمَوْتِ، وَبِعَزْلِهِ نَفْسَهُ، وَإِذَا انْفَسَخَ بَقِيَ أَمَانَةً شَرْعِيَّةً فِي يَدِهِ كَالثَّوْبِ تُطَيِّرُهُ الرِّيحُ إِلَىٰ دارِهِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الوديعةُ تَرْتَفِعُ بجنون المودِع، أو المودَع، وبالموت والإغماء[1]؛ لأنَّها إن كانت مجرَّد إذْن في الحفْظ، فالمودِعُ بعروض هذه الأحوال يبطل إذْنُه، والمودَع يخرج عن أهلية الحفظ، وإن كان عقداً، فقد ذكرنا أنه توكيلٌ خاصٌّ والوكالة جائزة، ومتَىٰ أراد المودِع الاسترداد، لم يكن للمودَع رده ومتَىٰ أراد المودَع [الردَّ، لم يكن للمودع أن يمتنع من القبول؛ لأنه متبرع بالحفظ، ولو عزل المودَعُ نفسه][2]، ففيه وجهان؛ تخريجاً علَىٰ أن الوديعة مجرَّد إذنٍ أم عقدٌ؟ إن قلنا: بالأول، فالعَزْل لغْوٌ، كما لو أذن في تناول طعامه للضِّيفان، فقال بعضهم: عَزَلْتُ نفْسِي يلغو قوله: «ويكون له الأكلُ بالإذْنِ السابق» فعلَىٰ هذا تبقى الوديعةُ بحالها، وإن قلنا: إنَّها عقدٌ، ارتفعت الوديعة، ويبقَى المَالُ أمانةً شرعيَّةً في يده كالريح تُطَيِّرُ الثَّوب إلَىٰ داره، وكاللُّقَطَةِ في يد الملتقِط بعد ما عرف المَالِكَ، فعليه الردُّ عند التمكُّن، وإن يطلب لم على أظهر الوجهين، فإن لم يفعل، ضمن وهذا ما أورده في الكتاب ويجوز إعلام قوله: «عقد جائز» بالواو، وقوله: «ويعزله نفسه» بل قوله: «ينفسخُ» لأن لفظ الانفساخ؛ إنما يستمر على تقدير كونها عقداً.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **وَلِلوَدِيعَةِ عَاقِبَتَانِ ضَمَانٌ عِنْدَ التَّلَفِ، وَرَدٌّ عِنْدَ البَقَاءِ أَمَّا الضَّمَانُ فَلاَ يَجِبُ إِلاَّ عِنْدَ التَّقْصِيرِ، وَلِلتَّقْصِيرِ سَبْعَةُ أَسْبَابٍ: الأَوَّلُ أَنْ يُودِعَ عِنْدَ غَيْرِهِ سَوَاءٌ أَوْدَعَ زَوْجَتَهُ أَوْ عَبْدَهُ أَوْ أَجْنَبِيّاً، إِلاَّ أَنْ يُودِعَ عِنْدَ القَاضِي فَإِنَّهُ لاَ يَضْمَنُ، وَلَوْ حَضَرَهُ سَفَرٌ فَسَافَرَ بِهِ ضَمِنَ لِأَنَّ حَرْزَ السَّفَرِ دُونَ حِرْزِ الحَضَرِ، إِلاَّ أَنْ يُودِعَ فِي حَالَةِ السَّفَرِ، فَطَرِيقُهُ عِنْدَ السَّفَرِ: أَنْ يُرَدَّ إِلَىٰ المَالِكِ، فَإِنْ عَجَزَ فَإِلَىٰ القَاضِي، فَإِنْ عَجَزَ فَعِنْدَ أَمِينٍ، فَإِنْ تَرَكَ هَذَا التَّرْتِيبَ مَعَ القُدْرَةِ ضَمِنَ، فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الكُلِّ فَسَافَرَ بِهِ تَعَرَّضَ لِخَطَرِ الضَّمَانِ عَلَىٰ أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ، وَمَهْمَا تَبَرَّمَ بِالوَدِيعَةِ فَسَلَّمَهَا إِلَىٰ القَاضِي عِنْدَ العَجْزِ عَنِ المَالِكِ، فَفِي لُزُومِ قَبُولِهِ وَجْهَانِ، جَارِيَانِ فِي الغَاصِبِ، وَإِذَا حَمَلَ المَغْصُوبَ إِلَى القَاضِي، وَفِيمَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنِ، وَإِذَا حَمَلَ الدَّيْنُ إِلَيْهِ، وَمَنْ حَضَرَتْهُ الوَفَاةُ فَلَمْ يُوصِ بِالوَدِيعَةِ ضَمِنَ إِلاَّ أَنْ**

---

(١) قال الشيخ جلال الدين البلقيني: وكذا الحجر عليه بالسفه. صرح به الماوردي وهو ظاهر ويلزم مثله في الوكالة.

(٢) سقط في: ز.

يَمُوتَ فَجْأَةً، وَلَوْ أَوْصَىٰ إِلَىٰ فَاسِقٍ ضَمِنَ، وَلَوْ أَوْصَىٰ فَأَجْمَلَ وَلَمْ يُمَيِّزِ الوَدِيعَةَ ضَمِنَ، كَمَا إِذَا قَالَ: عِنْدِي ثَوْبٌ وَلَمْ يصفهُ وَلَهُ أثواب ولو قَالَ: عَنْدِي ثَوبٌ فَلَمْ يُصَادِفْ فِي تَرِكَتِهِ فَلاَ ضَمَانَ تَنْزِيلاً عَلَى التَّلَفِ قَبْلَ المَوْتِ، وَلَوْ وُجِدَ فِي تَرِكَتِهِ كِيسٌ مَخْتُومٌ مَكْتُوبٌ عَلَيْهِ إِنَّهُ وَدِيعَةُ فُلاَنٍ لَمْ يُسَلَّمْ إِلَيْهِ فَلَعَلَّهُ كَتَبَهُ تَلْبِيساً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الأصلُ في الوديعة الأمانة؛ لما رُوِيَ عن عَمْرِو بنِ شُعَيْب، عن أبيه، عنْ جَدِّهِ أَنَّ النبيَّ ﷺ قال: «لَيْسَ عَلَىٰ الْمُسْتَوْدَعِ غير المغل ضَمَانٌ»[١] ويُرْوَىٰ: «مَنْ أُودِعَ وَدِيعَة فلا ضَمَانَ عَلَيْهِ»[٢] وعن أبي بكرٍ، وعَليٍّ، وابنِ مسعود وجابر ـ رضي الله عنهم ـ «أنَّها أَمَانَةٌ»[٣] ولأن المودَعَ يحفظها للمالك، فيده كيده، ولو ضمن المودِعُ، لَرَغِبَ الناسُ عَنْ قبول الوَدَائِعِ، وإذا تقرَّر ذلك، فنذكر فقْهَ الفَصْل مجرَّداً، ثم نرجع إِلَىٰ ما يتعلَّق بالنظْم والترتيب، أمَا الفقْه: فمسائل:

إحداها: المودع، إذا أودع غيره بغَيْر إذْنِ المالك، فإما أن يودع من غَيْر عُذْر، أو بعُذْرٍ:

الحالة الأُولى: إذا أَوْدَعَ من غير عُذْرٍ فيضمن لِأَنَّ المالكَ، لم يَرْضَ بيد غيره وأمانته، ولا فَرْقَ بين أن يكون ذلك الغَيْر عبده، أو زوجته، أو ابنه، أو أجنبيّاً وعن مالك ـ رحمه الله ـ: أن له أن يُودِعَ زوجته وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ وأحمد له أو يُودِعَ من عليه نفقته من ولد، ووالد، وزوجة، وعبد.

لنا: القياسُ علَىٰ من سلموه، وإذا أودع غيره، فالكلام في تضمين المالك المودع الثاني إياها قد مَرَّ في الرهن والغَصْب، هذا إذا أودع عند غير القاضي، فأما إن أودع عند القاضي، فوجهان، حكاهما الشيخ أبو حامد ـ رحمه الله ـ فيما إذا وجد المالك،

---

(١) قال الحافظ: أخرج الدارقطني بلفظ: ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان وفي إسناده ضعيفان، قال الدارقطني: وإنما يروى هذا عن شريح غير مرفوع، ورواه من طريق أخرى ضعيفة بلفظ: لا ضمان على مؤتمن.
(تنبيه) المغل هو الخائن، وكذا فسر في آخر رواية الدارقطني، وقيل هو مدرج وقيل القابض.

(٢) ابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وفيه المثنى بن الصباح وهو متروك، وتابعه ابن لهيعة فيما ذكره البيهقي. قاله الحافظ في التلخيص.

(٣) قال الحافظ: أما أبو بكر فرواه سعيد بن منصور. ثنا أبو شهاب عن حجاج بن أرطاة عن أبي الزبير عن جابر: أن أبا بكر قضى في وديعة كانت في جراب فضاعت، أن لا ضمان فيها، وإسناده ضعيف، وأما علي وابن مسعود فرواه الثوري في جامعه، والبيهقي من طريقه عن جابر الجعفي عن القاسم بن عبد الرحمن أن علياً وابن مسعود قالا: ليس على المؤتمن ضمان، وأما جابر فالظاهر أنه لما رواه عن أبي بكر ولم ينكره جعل كأنه قال به، والله أعلم.

وقدر على الردِّ عليه، وفيما إذا لم يجدْ أحدهما: أنه لا يضمن، أما إذا كان المالِكُ حاضراً؛ فلأنَّ أمانة القاضي أَظْهَرُ من أمانة المودَع، فكأنه جعل الوديعةَ في موضع أحرز، وأما إذا كان غائباً؛ فلأنه لو كان حاضراً، لألزمه المودِعُ الرَّدَّ، فإذا كان غائباً، ناب القاضي عنه.

وأظهرهما عند الأكثرين: أنه يضمن، أما إذا كان المالكُ حاضراً فلأنه [لا ولاية للقاضي على الحاضر الرَّشِيدِ، فأشبه سائر الناس، وأما إذا كان غائباً؛ فإنه][1] لا ضرورة بالمودع إلىٰ إخراجها من يده، ولم يرض المالك بيد غيره، فليحفظه إلى أن يجد المالك أو يسنح له عذر، وإذا جوزنا الدفْعَ إلى القاضي، فهل يجبُ على القاضي القبولُ، إذا عرفها عليه أما إذا كان المالكُ حاضراً، والتسليم إليه متيسِّراً، فلا وجه لوجوبه عليه، وأما إذا لم يكنْ كذلك، ففي إيجاب القَبُول، وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأنَّه التزمَ حفْظَه، فيؤْمَرُ بالوفاء به.

وأظهرهما: الإيجابُ لأنه نائبُ الغائبين، ولو كان المالك حاضراً، لألزم القَبُول، والغاصب إذا حمل المغصوبَ إلى القاضِي، ففي وجوب القَبُول الوجهان، لكنَّ هذه الصورةَ أَوْلَىٰ بعدم الوجوب؛ ليبقى مضموناً للمالك، ومن علَيْهِ الدَّيْن، إذا حمله إليه نظر إن كان بحيث لا يجبُ على رب الدين القبولُ، لو كان حاضراً، فعلى القاضِي أَوْلَىٰ، وحيثُ يجبُ، يجري فيه الوجْهَانِ، وهذه الصورةُ أَوْلَىٰ بعدَمِ الوجوب، وهو الأظهر؛ لأن الدَّيْن في الذمَّة لا يتعرَّض للتَّلَف، وإذا تعين تعرض له، ولأن مَنْ في يدِهِ العَيْنُ قد يثقل عليه حفظُهَا وجميع ما ذكرنا فيما إذا استحْفَظَ الغَيْر وأزال يده ونظره عن الوديعة، أما إذا استعانَ به في حَمْلِهَا إلى الحرز، فلا بأس، كما لو استعان في سقي البهيمة وعِلَفَها ذكره ابن سُرَيْجٍ، وتابعه الأصحاب عليه.

قال القَفَّال: وكذا لو كانتْ خزانَتُهُ وخزانةُ ابنه واحدةً، فدفعها إلَىٰ ابنه؛ ليضعها في الخزانة المشتركة.

وفي «النهاية»: أن المودَعَ، إذا أراد الخروجَ لحاجاته فاستحفظ من يثق به مِنْ متصليه، وكان يلاحظ المَخْزَنَ في عوداته، فلا بأس، وإن فوض الحِفْظ إلى بعضِهِمْ، ولم يلاحظِ الوديعةَ أصلاً، ففيه تردُّد، وإن كان المَخْزَنُ خارجاً عن دارِهِ التي يأوي إليها، وكان لا يلاحِظُه أصلاً، فالظاهر تضمينه.

الحالةُ الثانيةُ: إذا كان هناك عُذْر، كما إذا عزم على السَّفَر، فينبغي للمودع، إذا

---

(١) سقط في: ز.

عرض له هذا العذْر: أن يرد الوديعة إِلَىٰ مالكها أو إِلَىٰ وكيله، إِن كان له وكيلٌ؛ إما في استرداده خاصَّةً، أَو في عامَّة أشغاله، فإن لم يظْفَرْ بالمالك؛ لغيبته أو تواريهِ، أو حَبْسِهِ وتعذُّر الوصول إِلَيْه، ولا ظفر بوكيله، فيدفَعُها إلى القاضي، وعليه قَبُولُها، فإنْ لم يجدِ القاضي، دفعها إِلَىٰ أمينٍ، ولا يكلّف تأخير السَفَرِ، وقد رُوِيَ أن النبيَّ ﷺ «كَانَتِ عِنْدَه وَدَائِع؛ فَلَمَّا أَرَادَ الهِجْرَةَ، سلَّمها إِلَىٰ أمِّ أَيْمَنَ، وَأَمَرَ عَلِيّاً - رضيَ اللّهُ عَنْهُ - بِرَدِّهَا»[1] فإن تَرك هذا الترتيب، فدفعها إلى الحاكم أو إلى أمينٍ مع إمكان الدفعِ إلى المَالِك، أو وكيله، ضَمِنَ، ويجيء في الحاكِمِ الخلافُ المذْكور من قبل، وإن دفعَ إِلَىٰ أمينٍ، وهو يجد الحاكم، فوجهان:

أحدهما: وبه قال أحمَد وابنِ خَيْرَان والإِصطخريُّ: أنه يضمن[2]، لأَنَّ أمانة الحاكم ظاهرةُ متَّفقٌ عليها، فلا يُعْدَلُ عنها، كما لا يُعْدلُ عن النصِّ إلى الاجتهاد، وأيضاً: فإن الحاكمَ نائبُ الغائبين، فكان كالوكيل.

والثاني: لا يضمن، وبه قال أبو إسحاق، ويُحْكَىٰ عن مالك، لأنه أودَعَ بالعُذْر أَميناً، فأشبَهَ الحاكم، وذكر القاضي الرويانيُّ: أنَّ هذا أظهرُ في المذهب، ولكنَّ الشيخ أبا حامدٍ - رحمه الله - رجَّح الأول، وبه قال صاحبُ «التهذيب» وغيره، وقد يعبر عن الخلافِ بالقولَيْنِ؛ لأنَّ الشافعيَّ - رضي الله عنه - قال في باب «الرَّهْن» فيما إذا أراد العَدْل الرهن، لو دفعه، يعني: إِلَىٰ عدل، بغير أَمْرِ الحاكم - ضمن وقال ها هنا في «ردِّ الوديعة»: ولو لم يكن حاضراً، يعني رَبَّ الوديعة، فأودعها أميناً، يودِعُه ماله - لم يضمن، فلم يفرق بين أن يجد الحاكمَ أوْ لا يجدَ. ونقل المتولِّي وغيره طريقةً قاطعةً بأنه يضمن، ويحمل ما ذكره ها هنا علَىٰ ما إذا لم يَجِدِ الحاكم وفي بعض الشروح طريقةٌ قاطعةٌ بأنَّه لا يَضْمَنُ، ويحمل ما ذكره في الرهْن علَىٰ ما إذا كَانَ المالِكُ أو وكيله حاضراً في البلد وحكى الشيخ أبو حاتِمِ القزويني - رحمه الله - وجْهاً أنه يُشْتَرَطُ أن

---

(١) قال الحافظ في التخليص: «روي أنه ﷺ كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة سلمها إلى أم المؤمنين، وأمر علياً بردها».
أما تسليمها إلى أم المؤمنين فلا يعرف، بل لم تكن عنده في ذلك الوقت. إن كان المراد بها عائشة نعم كان قد تزوج سودة بنت زمعة قبل الهجرة. فإن صح فيحتمل أن تكون هي. وأما أمره علياً بردها، فروى ابن إسحاق بسند قوي، فذكر حديث الخروج إلى الهجرة، قال: فأقام علي بن أبي طالب خمس ليال وأيامها حتى أدى عن النبي ﷺ الودائع التي كانت عنده للناس.

(٢) قال الرافعي في الشرح الصغير رجّع التضمين وقول الإمام الرافعي أن الشيخ أبا حامد رجح الأول - يعني الضمان - لعل النقل عن الشيخ أبي حامد مختلف، والذي في الشامل نقلاً عنه أنه صحح في التعليق عدم الضمان ونقله عنه أيضاً كذلك في البيان.

يكون الأمين الذي يودِعُه بحَيْثُ يأتمنه ويودِعُ ماله عنده لظاهر قوله: «يودِعُه مالَهُ» والظاهر خلافه، فإنَّ ذلك مسوق على سبيل التأكيد والإيضاح، ولو أنه حِينَ عَزَم على السفَرِ، دَفَنَ الوديعةَ في مَوْضِعٍ، وسافر، ضَمِنَها إن دَفَن في غَيرِ حَرْزٍ أو في حِرْزٍ، ولم يعلم بها أميناً أو أعْلَمَ أميناً، حيث لا يَجُوز الإيداعُ عند الأمين، أو حيث يَجُوزُ إلاَّ أنَّ الذي أخبره لا يسكن ذلك الموضِع، وإنْ كَانَ يسكنه، فالجوابُ كذلك في أحد الوجْهَيْن؛ لأنَّه إعلامٌ لا إيداعٌ، ولا يضمن في أظهرهما؛ لأنَّ الموضِعَ وما فيه في يَدِ الأمين، فالإعلام كالإيداع، هكذا فَصَّل الأكثرون.

وجعل الإمام ـ رحمه الله ـ في معنى السُّكْنَىٰ أنْ يراقبها من الجوانب، أو من فَوْقُ مراقبةَ الحارس[١]، ومنهم: من جعل الإعلام كالإيداع مِنْ غير فَرْق بَيْن أن يسكن الموضع أو لا يَسْكنه، ثم نقل صاحب «المعتمد» وغيره وجْهَيْنِ في أن سَبِيلَ هذا الإعلامِ الإشهادُ أو الائتمانُ؟

فعلى الأوَّل: لا بدَّ من إعلام رجلَيْنِ أو رجلٍ وامرأتينِ، والظاهرُ الثَّاني، وكما يجوز إيداعُ الغَيْر بعذر السفرِ على ما تبيَّن، فكذلك سائر الأعذار، كَمَا لو وَقَعَ في البُقْعة حريقٌ أو نهب أو غارَةٌ أو خاف الغرق، وليكُنْ في معناها: إذا أشرف الحِرْز على الخراب، ولم يجدْ حِرزاً آخر، يَنْقُلُها إليه.

المسألة الثانية: إذا أَودع مسافراً، فسافر بالوديعة أو منتجعاً، فانتجع بها، فلا ضمان؛ لأنَّ المالكَ رَضِيَ به؛ حيث أودعه، وإن أودع حاضراً، لم يكُنْ له أن يسافِرَ بها، فإن سافر، ضمن؛ لأن حِرْزَ السَّفَرِ دون حِرْز الحَضَر، وفي الخبر: «إنَّ المُسَافِرَ وَمَتَاعَهُ لعلي قُلْتُ إلاَّ ما وقى الله»، وفيه وجه أنه إذا كان الطريق آمِناً، لا يضمن، وكذا لو سافر في البَحْر، إذا كان الغالب منه السلامة، والمذهَبُ الأوَّل، وعند أبي حنيفة

---

(١) قال في الخادم: قال العلامة نجم الدين بن الرفعة: والذي رأيته في النهاية أن بعض الأئمة أطلق الاكتفاء بإطلاع الأمين مع كون الموضوع حرزاً. وحكي عن أئمة العراق اختيار سكن الدار واستحسنه ثم قال: ولست أرى ذلك خلافاً بين الطرق والإطلاع الذي ذكره غير العراقيين محمول على ما ذكره العراقيون ولكنهم بينوه وفصلوه، والذي يوضح ذلك أن الموضع إذا لم يكن تحت يد المطلع فلا يكون محفوظاً، وغايته أنه لو فرض الدفن في دار فيها سكان المطلع لا يدخلها ولكن يرعاها من فوق رعاية الحارس أو من الجوانب فلا يكاد يصل إلى الغرض وإن أحاطت بالدار حياطته وعينها من الجوانب رعايته فهذه اليد التي تليق بالوديعة وهي التي عناه العراقيون. انتهى وما نقله عن العراقيون صحيح ويؤيده قول سليم وقد يمنع الشرط أن تكون يده على ذلك الموضع. ومن صرح بالسكنى جرى على ظاهر النص في الأم فإن دفنها ولم يخلف في المنزل أحداً يحفظه فهلكت ضمن.

وأحمد ـ رحمهما الله ـ: له المسافرةُ بها، إذا كان الطريق آمناً، ولم يصرح المالك بالمنع، وإن سافر بها لعذر، كما لو اتَّفَقَ جَلاءٌ لأهل البلد، أو وقع حريقٌ، أو غارةٌ، فلا ضمانَ، والشَّرْط أن يعجز عن الرَّدِّ إلى المالك أو وكيله، أو الحاكم أو عن الإيداع عند أمينٍ، ويلزمه المسافرةُ بها، والحالة هذه؛ وإلاَّ فهُوَ مضيِّعٌ، ولو عزم على السفر في وقْتِ السلامة، وعجز عن المالك ووكيله، وعن الحاكم، والأمين، فسافر بها، فوجهان:

أحدهما: أنه يضمنها؛ لأنه التزم الحفْظَ في الحضر، فليؤخر السَفر أو يلتزم خطر الضمان.

والثاني: المنعُ، وإلا فينقطعُ عن السفر، وتتعطَّل مصالحُهُ، وفيه تنفيرٌ عن قَبُولِ الودائِعِ.

والأوَّل أظهر عند صاحب الكتاب، والثانِي أظْهرُ عند المعْظَم، وشرطوا لجواز المسافرة بها: أن تكُونَ الطريق آمناً، وإلا، فيضمن، وهذا ظاهرٌ في مسألة الوجهَيْنِ، فأما عند وقوع الحَرِيق ونحوه، فكان يجوز أن يُقَالَ: إذا كان احتمالُ الهلاكِ في الحَضَرِ أقربَ منه في السفر، فله أن يسافِرَ بها، قال في «الرَّقْم»: وإذا كان الطريق آمناً، فحدث خَوْفٌ، ولو هجم القطَّاع، فألقى المَالَ في مضيعة؛ إخفاءً له فضاع، فعليه[1] الضمان.

الثالثة: من مرض مرضاً مخوفاً، أو حُبِس، ليقتل، وعنده وديعةٌ، فعليه أو يوصِيَ بها، فلو سكت عنها، وتركها بحالها، ضَمِنَ؛ لأنه عَرَّضَها للفوات؛ إذِ الوارثُ يعتمدُ ظاهِرَ اليد، ويدَّعيها لنفسه، فكان ذلك تقصيراً مضمناً، وها هنا كلمتَانِ:

إحداهما: أن التقصير إنَّما يتحقَّق بترك الوصاية إلى المَوْتِ، فلا يحصُلُ التقصير، إلاَّ إذا مات، لكن كأنا نتبيَّن عند الموت أنه كان مقصِّراً من أول مرضه فضَمَّنَّاه أو يحلف التلَف، إذا حَصَل بعد الموت بالتردِّي بَعْد المَوْت في بئرٍ، حَفَرَها متعدِّياً.

والثانية: ربَّما أفهم كلامُ الأئمةِ أنَّ المراد من الوصيَّة بها تسليمها إلى الوصيِّ ليدفَعَهَا إلى المالك، وهو الإيداعُ بعَيْنه، لكن المُعْتَمَدَ أنَّ المراد الإعلامُ، والأمر بالردِّ [من غَيْر أن يخرِجَهَا من يده، وأنه، والحالَةُ هذِهِ، مخير بين أن يودع، وبين أن يقتصر على الإعْلام، والأمر بالرد؛][2] لأن وقْتَ الموت غير معلوم، ويده مستمرةٌ على

---

(١) وكذا أجاب به أبو بكر الشاشي في فتاويه أنه لو دفنه خوفاً من القطاع عند إقبالهم فلما انكشفوا أضل موضعه ضمن وكان وجهه أنها ضاعت بفعله وأنه مقصر بإضلال مظانها ويشهد له ما سيأتي أنه لو ضاعت بنسيان ضمنها في الأصح، وهو مشكل.

(٢) سقط في: ز، أ.

الوديعةِ، ما دام حيّاً، وهذا بيِّنٌ مما ذكره صاحِب الكتاب في «الوسيط» حيثُ قال: «يودع الحاكِمَ أو أميناً، إن عجز عن الحاكم، أو يُوصِيَ إلى وارثه» ويشهد عليه صَوْناً لها عن الإنكار.

ثم يعتبر في الوصية بها أمورٌ:

أحدها: أن يعجز عن الردِّ إلى المالك أو وكيله، وحينئذٍ، فيودع عند الحاكم أو يُوصِي إليه، فإن عجز، فيودع عند أمينٍ، أو يوصي إلَيْه، هكذا رتَّب الجمهور، كما إذا عزم على السَّفَر، وفي «التهذيب» أنه تكفي الوصية، وإن أمكنه الردُّ إلى المالك؛ لأنَّه لا يَدْرِي متَىٰ يَمُوتُ.

والثاني: أن يوصي إلَىٰ أمينٍ، فإن أوصىٰ إلى فاسقٍ، كان كما لو لم يوصِ[1]، فيضمن ولا بَأس أنِ يوصي إلَىٰ بعض ورثَتِهِ، وكذا الإِيداعُ حَيْثُ يجوز أن يُودِعَ أميناً.

والثالث: أن يبيِّن الوديعة، ويميِّزها عن غيرها بالإشَارَة إلَىٰ عينها، أو بيان جنْسِها، وصفتها فلو لم يبيِّن الجنْسَ، بل قال: عنْدِي وديعةٌ، فهو كما لو لم يُوصِ، ولو ذكر الجنْسَ، فقال: عنْدي ثَوْبٌ لفلانٍ، ولم يصفه، نُظِرَ؛ إن لم يوجَدْ في تركته جِنْسُ الثوب، فوجْهان:

أحدُهما: أنه يضمن، فيُضَارب ربُّ الوديعة.

الغُرَمَاءَ بقيمتها؛ لتقصيره بترك البيان.

والثاني: وبه قال أبو إسحاقَ: لا يضمن؛ لأنَّها ربَّما تَلِفَتْ قبل المَوْت، والوديعةُ أمانةٌ، فلا تضمن بالشَّكِّ، وهذا الثانِي هو الذي أوردَهُ صاحبُ الكتاب، والأوَّل ظاهر المذْهَب عند عامة الأصْحاب، وإن وجد في تركته جنسُ الثوب، فإما أن يوجد أثوابٌ أو ثَوْبٌ واحدٌ، إن وجد أثوابٌ ضمن؛ لأنَّه إذا لم يميِّز، فكأنه خَلَطَ الوديعةَ بغَيْرها، وإن وجِدَ ثَوْبٌ واحد، ففي «التهذيب» «والتتمة»: أنه ينزل كلامُهُ عليه، ويدفع إلَىٰ الذي ذكره، ومنْهم من أطلَقَ القول: بأنه إذا وجد جنْس الثوب ضمن ولا يدفع إلَيْه عين الموجود، وأما الضمَانُ، فللتقصير يترك البيان، وأما أنَّه لا يدفع إلَيْه عيْنُ الموجود؛ فلاحتمال أن الوديعةَ قَدْ تَلِفَتْ، والموجود غيرها، وهذا أحسنُ، وفي المسألةِ وجهٌ آخرُ: أنه إنما يضْمَن، إذا قال: عنْدِي ثوبٌ لفلان، وذكر معه ما يقتضي الضَّمَانَ، فأما إذا اقتصر عليه، فلا ضمان.

---

(١) قال الماوردي: وسواء علم فسقه أم لا لأن العمد والخطأ في ضمان الأحوال سواء، وينبغي أن يكون الحكم بالضمان من حين الموت، ومن حين يضع الفاسق يده إن اتفق وضعها قبل الموت.

فَرْعٌ: قال الإمام ـ رحمه الله ـ: «ولو لم يُوصِ، فادَّعَىٰ ربُّ الوديعة أنه قَصَّر، وقال الورثةُ: لعلَّها تلفت قَبْلَ أن ينسب إِلَىٰ التَّقْصِير، فالظاهرُ براءةُ الذِّمة»(١) ثم جميع ما ذكرنا[ه] فيما إذا وَجَدَ فرصة الإيداعِ أو الوصيَّة، أما إذا لم يَجِدْ بأن ماتَ فجأةً، أو قتل غيلةً، فلا ضمان.

الرابعة: إذا مات، ولم يذكر أنَّ عنده وديعةً، لكن وجد في تركته كيس مختوم أو غير مختوم مكتوب عليه أنَّه وديعةُ فلان، أو وجد في جريدتِهِ أنَّ لفلانٍ عندي كَذَا وكَذَا، وديعة، لم يجبْ على الوارث التسليمُ، بهذا القَدْر؛ لأنه ربما كتبه هو أو غَيْرُه تلبيساً، وربما اشْتَرَىٰ الكيسَ بَعْدَ تلْك الكتابة، ولم يمحهَا، أو ردَّ الوديعة بَعْدَ ما أثبت في الجريدَةَ، ولم يمحهُ، وإنما يكلَّف الوارث التسليم؛ إما بإقراره أو إقرار المورث ووصية أو بقيام البينة والله أعلم.

---

(١) تعقبه الشيخ البلقيني وصاحبه الزركشي وأطال الزركشي فذكرت عبارته لما فيها من الإيضاح الذي زاده على شيخه البلقيني فقال: هذا الذي نقله عن الإمام ليس في النهاية وكأنه طالع أول كلام الإمام دون آخره فحصل الخلل والذي في النهاية: ولو مات ولم يوص فادعى المودع التقصير بترك الإيصاء، فيها فقال الورثة: لعله لم يوص لتلف الوديعة على حكم الأمانة في يده فاعترفوا بأصل الإيداع وادعوا ما ذكرناه، فهذه المسألة مترددة في الضمان وإذا كان أبو إسحاق يرى نفي الضمان حيث لم يصادف الوديعة في التركة بعد الإقرار بها قبل الإيصاء فلا شك أنه ينفي الضمان في الصورة التي ذكرناها آخراً وهي ادعاء التلف، وحمل ترك الإيصاء عليه، ومن أوجب الضمان، وخالف أبا إسحاق فقد توجب الضمان هنا ونفي الضمان هنا أولى، ثم إن ادعى الورثة التلف فالأمر على ما ذكرنا، وإن قالوا عرفنا الإيداع ولكن لا ندري كيف كان الأمر ونحن نجوز أنها تلفت على حكم الأمانة فلم يوص لأجل ذلك ولا تثبت في ذلك قولاً، فإن ضمناهم حيث يجزمون بدعوى التلف فها هنا أولى وإلا فوجهان أصحهما أن الضمان يجب لأنهم لم يذكروا مسقطاً ولم يدعوه. انتهى.

وحاصله صورتان: إحداهما: أن تجزم الورثة بدعوى التلف قبل أن ينسب إلى تقصير بترك الوصية ورتبه على الخلاف بين أبي إسحاق وغيره وأن الأولى عدم الضمان وعلى هذا فلهم الحلف على ذلك.

والثانية: إذا لم يجزموا بدعوى التلف لكن قالوا لعلها تلفت قبل أن ينسب إلى تقصير وصح فيها الضمان. فنقل الرافعي عنه في هذه ترجيح عدم الضمان مردود وترجيح للإمام الضمان فيها مشكل لأن الأصل براءة الذمة فكيف يضمن بالشك، وقد قال الإمام في موضع آخر: إن الوديعة في يد الوارث كثوب طيرته الريح.

وأما الأولى فقد تعرض لها الرافعي آخر الباب، وحكي عن المتولي أنهم إذا جزموا بدعوى التلف في يده لا تقبل إلا بالبينة، وعن البغوي التصديق وقال، إنه الوجه فتفطن لذلك، وإذا قلنا: لا ضمان فهل معناه لا ضمان أصلاً ولا ضمان عدوان بسبب ترك الإيصاء ويجري في ضمان الفقد الخلاف السابق فيه نظر ولم يصرح الإمام فيه بشيء وهو محتمل.

ونرجع الآنَ إِلَىٰ ما يتعلّق بنظم الكتاب وترتيبه.

وقوله: «وللوديعةِ عاقبتان» تدرُّجٌ لطيفٌ إلى فقهِ الباب، فإذا حصلَتِ الوديعةُ عند المودع، فإما أنْ تهلك عنده أو تبقى إن آل أمرها إلى الهلاك، فإنْ لم يكنْ منه تقصيرٌ، فلا ضمان، وقد انقطعَ الكلامُ، أو تبقَىٰ، وإن كان، فعلَيْه الضمان، ويحتاج فيه إِلَىٰ معرفةِ ما يصيرُ به مقصِّراً، وإن بقيت، فيرد.

وقوله: «وللتقصير سبْعَةُ أسبابٍ» عدَّها في «الوسيط» ثمانيةً، فجعل الإيداعَ من الغَيْر [سبباً، والمسافرة بالوديعة سبباً، وها هنا خلط أحدهما بالآخر وعدهما،][1] سبباً واحداً، وما في «الوسيط» أحسنُ، ولو جَعَلَ تَرْكَ الإيصاء سبباً آخَرَ، لاَسْتَقَامَ.

وقوله: «إلاَّ أن يودِعَ عند القاضي» مُعْلَمٌ بالواو؛ لما حكينا من الوجْهِ المانِعِ من إيداع القاضِي، إذا لم يكُنْ سفرَ عُذْر، سواء وجد المالك أو وكيله، أو لم يجدْ، ولفظ الكتَاب في نَفْي الضَّمَان بإيداع القاضي، وإن كان مطلقاً إلاَّ أنه أرادَ مَا إِذَا لم يجدِ المالكُ أو وكيلُهُ علَىٰ ما هو مبيَّن في «الوسيط» ومع ذلك، فأكثر الأئمة علَىٰ خلافِ الجوابِ المذْكُورة في الكتابِ، كما قدَّمنا، وساعَدَهُ أبو سعيدِ المتولِّي على اختيار ذَلِكَ الجواب، وقوله: «فسافر به ضمن» معلَمٌ بالحاء والألف والواو.

وقوله: «إلاَّ أن يودع في حالة السفر» أي: يودِعَ، وهو مسافرٌ، فله إدامةُ السَّفَر، والسَّيْرُ به.

وقوله: «أن يرد إلى المالك» يعني أو وكيله، وقوله: «وإن ترك هذا الترتيبَ، ضمن» معلَمٌ بالواو والميم؛ لما سبق، وقوله: «وسافَرَ به تعرَّض لخَطَرِ الضمانِ علَىٰ أظهر الوجْهَيْن» بيَّنا أن الأظهرْ عند المعظَم خلافُ ما ذكره، وفي قوله: «فسافَرَ به» تعرُّضٌ، كالإشارة إِلَىٰ أنه لا يكلَّف ترك السفر، والكلام في أنَّ التجويزَ، هل هو مشروطٌ بسلامة العاقبة، وإذا لم يكلَّف ترك السفر، فسَافَر، فلا بد، وأن يسافر به، وإلاَّ فهو مضيِّع، والحالة هذه.

وقوله «ومهما تبرم بالوديعة...» إِلَىٰ آخره مبنيٌّ على تجويز الرفْع إلى القاضِي من غَيْر سَفَر وعُذْر منه، وفيه ما قد عرفْتَه وقولُه:

«ومن حضرته الوفاة» ليس بمحمولٍ على المحْتَضر، بل كلُّ مريض بخيفة مرضه، كالمحتضر في ذلك لا يلحق بالمرض الكِبَر والشَّيْخُوخة، وقوله: «فلا ضَمَان» تنزيلاً على التَّلَف قبل الموت خلافُ ما رويناه عن عامة الأَصْحَاب: أنهم جعلوه ظاهِرَ

---

(١) سقط في: ز.

المَذْهب، وقالوا: التلَفَ، وإن حَصَلَ قبل المَوْت، حصل، وهو مقصر بترك البيان، ولا يمكن فرض التَّلَف قبل الوصيَّة؛ لأنَّ قوله: «عندي ثَوْبٌ» يقتضي حصوله في الحال.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِي نَقْلُ الوَدِيعَةِ مِنْ قَرْيَةٍ إِلَىٰ قَرْيَةٍ إِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا مَسَافَةٌ ضَمِنَ بِالسَّفَرِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَإِنْ نَقَلَ مِنْ قَرْيَةٍ أَهْلِهِ، ضَمِنَ، لِأَنَّ قَرْيَةَ أَهْلِهِ أَحْرَزَ فِي حَقِّهِ، وَلَوْ كَانَ بِالعَكْسِ لَمْ يَضْمَنِ إِلاَّ إِذَا ظَهَرَ نُقْصَانُ الحِرْزِ فِي القَرْيَةِ الآهِلَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا أودعه في قرية، فنقل الوديعةَ إِلَىٰ قريةٍ أخرَىٰ، نُظِرَ: إنْ كان بينَهُمَا مسافةٌ تُسَمَّى الضربُ فيها سفراً، ضمن بالسَّفَر بها، وبعضهم لا يقيد، ويقول: إن كان بينهما مسافةٌ، ضمن كأنه يجعل مطلق المسافة مصححاً اسْمَ السَّفَر، وظاهر الكِتَاب يوافِقُ هذا؛ لأنه أراد الأوَّل علَىٰ ما قيَّده في «الوسيط» وهو الظاهرُ، وحكى الشيخ أبو حاتم القزوينيُّ وغيره وجهاً: أنه إذا كانت المسافةُ دون مسافة القَصْر، وكانت آمنةً، والقريةُ المنقولُ إلَيْها أحرز، لم يضمن، وهذا مصيرٌ إلَىٰ أن المسافَرَةَ بالوديعَةِ، إنما تضمن بشَرْطِ طُول السَّفَرِ، وهو بعيدٌ، فإنَّ خَطَرَ السفَر، لا يتعلَّق بالطُّول والقِصَر، وإنْ كانتِ المسافةُ بحَيْثُ لا تصحِّح اسم السفر، فإن كان فيها خَوْفٌ، ضمن، وإلاَّ فوجهَانَ:

أحدهما: أن الجوابَ كذلك؛ لأنَّ حدوث الخَوْف في الصَّحراء غير بَعيدٍ.

وأظهرهما: أنه كما لو لَمْ يكُنْ بينهما مسافةٌ أصلاً، بل اتصلتِ العماراتُ، وحينئذٍ: فإن كان المنقولُ عنها أحْرَزَ، ضَمِنَ، فإنَّ المالك، إذا أودعها، فيها يعتمد حفظه فيها، وإنْ كان المنقولُ إليها أحرَزَ، أو تساويا، فلا ضمانَ، واعلم أن كَوْنَ القرية أحرز له أسبابٌ:

منْها حصانَتُهَا في نفسها، أو انضباطُ أهلها، وانقطاع الأيدي الفَاسِدَةِ عنها.

ومنْهَا: أن تكون عامرةً كثيرةَ الأهل.

ومنْها: تكونَ مسكَنَهُ ومسْكَنَ أقاربه، وأصدقائه، فلا يتجاسر أُولُو الغرامة على الهجوم عليه، ولا تمتد أطماعهم وأيْدِيهِمْ إليه، وبهذا الاعتبارِ: يجُوزُ أن يقرأ لفظ الكتاب علَىٰ إضافة «القرية» إلى «الأهل»، فيقال: «من قريةِ أهلِهِ إلَىٰ قرية غير أهله [وبالاعتبار الذي قبله: يجوز أن يقرأ على الصفة، فيقال: «من قرية آهلةٍ، إلى قرية غير آهِلَةٍ»][(١)].

---

(١) سقط في: ز.

والمنزل الآهِلُ: العامِرُ الذي فيه أهله، وهذا الثاني. يوافِقُ لفظ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ إلاَّ أن الأشبَهَ بقول صاحب الكتاب الأوَّلُ؛ إذ الموجودُ في أكثر النُّسَخِ القديمةِ عند تعليلِ الضَّمَان؛ لأن قرية آهِلة أحرزُ في حقه، وقد يوجَدُ في بعْضِها إدخَالُ الألف واللام؛ حتَّىٰ يصير: «لأنَّ القريةَ الآهِلَةَ أحرزُ» لكن كلمة «في حقِّه» لا تحسُنُ في هذا الموضع، حينئذ، ولو أراد ذلك لاقتصر علَىٰ قوله: «لأنَّ القرية الآهلة أحرزُ» إلاَّ أن يقدِّر عَوْدَ الكناية في لفظة «حقه» إلى المال.

وقوله: «إلا إذا ظَهَر نقصانُ الحِرْزِ في قرية أهله يستمرُّ فيه القراءتان، فيجوز أن يكون الموضعُ مسكنه ومسكن أقاربه، أو عامِراً فيه أهله إلاَّ أنَّ غيره أحرزُ منه؛ لمعارض راجح، وحيثُ منعنا من النَّقْلِ، فذلك إذا لم تكن ضرورةٌ، فإنْ وقعتْ ضرورةٌ، فكما ذكرنا في المسافرة، وإذا أراد الانتقال، ولا ضرورةَ، فالطريقُ ما سبق؛ فيما إذا أرادَ السَّفر والنَّقْل من محلَّةٍ إلى محلةٍ أو من دارٍ إلى دارٍ كالنقل من قرية إلى قرية متصلتَي العمارةِ، وأما إذا نَقَل من بيت إلَىٰ بيت في دارٍ واحدةٍ، أو خانٍ واحدٍ، فلا يضمن، وإن كان الأوَّلُ أحرزَ منهما، كان الثانِي حِرْزاً أيضاً، ذكره في «التهذيب» وجميع كلام الفصْل مفروضٌ فيما إذا أطْلَقَ الإيداعَ، أما إذا أمر بالحفْظِ في موضعٍ[1] معينٍ فسيأتي إن شاء الله تعالَىٰ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّالِثُ التَّقْصِيرُ فِي دَفْعِ المُهْلِكَاتِ، فَإِنْ تَرَكَ عَلَفَ الدَّابَّةِ أَوْ سَقْيَهَا ضَمِنَ إِلاَّ إِذَا نَهَاهُ المَالِكُ فَإِنَّهُ يَعْصِي وَلاَ يَضْمَنُ، وَكَذٰلِكَ إِذَا لَمْ يَرْضِ الثَّوْبَ الَّذِي يُفْسِدُهُ الدُّودُ لِلرِّيحِ ضَمِنَ، فَإِنْ لَمْ يَنْدَفِعْ إِلاَّ بِاللَّبْسِ لَزِمَ اللُّبْسُ، إِلاَّ إِذَا نَهَاهُ المَالِكُ، وَمَهْمَا أَمَرَ صَاحِبَهُ بِعَلَفِ الدَّابَّةِ أَوْ سَقْيِهَا لَمْ يَضْمَنْ عَلَى الأَظْهَرِ؛ لِأَنَّ ذٰلِكَ مُعْتَادٌ، وَكَذَا لَوْ أَخْرَجَهُ لِلسَّقْيِ وَالطَّرِيقُ آمِنٌ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَضْمَنُ لِأَنَّهُ إِخْرَاجٌ مِنَ الحِرْزِ بِغَيْرِ عُذْرٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يَجِبُ علَىٰ المودَع دفْعُ مهلكات الوديعةِ على المُعْتَادِ؛ لأنَّه من أصُولِ الحفْظِ، وفيه مسألتان:

إحداهما: إذا أودعه دابَّةً، فله أحوال:

إحداها: أن يأمره بالعَلَفِ والسقْي، فعليه رعايةُ المأمور، فإنِ امتنعَ؛ حتَّىٰ مضتْ مدةٌ يموتُ مثلها في مثل تلْكَ المدَّة نَظَرَ: إن ماتَتْ، ضمنها، وإن لم تَمُتْ، دخلت في ضمانه، وإن نقصتْ، ضمن النقصان، وتختلف المدةُ باختلاف الحيوانات، وإن ماتتْ قبل مُضِيِّ تلك المدة، لم يضمنْها، إن لم يكُنْ بها جوع، وعطش سابق، وإن كان،

(١) والإمام جعل هذا فيما إذا عين له بيتاً ولم يصرح بالنهي عن النقل فيه.

وهو عالم به، ضمن، وإلاَّ فوجهان، كالوجهين فيما إذا حَبَسَ مَنْ به بعضُ الجوع، وهو لا يعلم به؛ حتَّىٰ مات وهو لا يعلم، قال في «التتمة»: «والأظهر أنَّه لا ضمانَ»، وإذا أوجبْنَا الضمان، فضمن الكلّ أو بالقسط حكى أبو الحَسَنِ العبَّادِيُّ فيه وجهين، كما لو استأْجَرَ بهيمةً، ليحملَ عليها مائة مَن فَزَادَ.

والثانيةُ: إن نهاه عن العَلَفِ والسقْيِ، فيعصى، لو ضيَّعها لحرمة الروح، وفي الضمان وجّهَان، قال الإِصطخريّ: «يجبُ، لحصولِ التعدِّي في الوديعة».

وقال الجمهور: «لا يجبُ، كما لو قال: اقتل دابتي، فقتلها وعن الشيخ أبي زيد ـ رحمه الله ـ: تخريجُ الخلاف، فيما إذا قال: اقتلْنِي، فقتله، هل تجبُ الدية؟ ولم يرتَضُوا هذا البناءَ، لأنا إذا أوجبنا الديَةَ، أوجبناها للوارث، ولم يوجد منه إذن في الإِتلاف، وها هنا بخلافه.

الثالثة: أن يطْلق الإيداع فلا يأمر بالعَلَف، والسقْيِ، ولا ينهي، فعلى المودع القيامُ بهما؛ لأنه التزم حفْظَها.

وقال أبو حنيفةَ: لا يلزمُ ذلك. ثم الكلام في مسألتين:

أحدهما: لا شك أن المودع لاَ يَلْزَمه العلَفُ من ماله، ولكنْ إن دفَع إلَيْه المالكُ ما يعلِفُها منه، فَذَاكَ، ولو قال: اَعْلِفْهَا من مالِكَ، فهو كما لو قال: اقض ديني.

والظاهر: أنه يرجع علَيْه، وإن لم يذكر شيئاً، فيراجع المالكُ أو وكيلُهُ، ليستردَّها، أو يعطي علفها، فإن لم يظْفَرْ بهما، رفع الأمر إلى الحاكِم، ليستقرضَ على المالك، أو يبيع جزءاً منها، أو يؤجِّرها، ويصرف الأجرة إلى مؤنتهاَ، والقول فيه وفي تفاريعه علَىٰ ما سبق في هَرَبِ الجمال، وعلف الضالة، والإِنفاقِ على اللَّقِيطِ ونحوها.

والثاني: إنْ عَلَفَهَا وسَقَاها في دارِهِ أو إِصْطَبْله، حيث يسقي ويعلف دوابَّهُ، فقد وَفَّى الحفْظَ حقه، وإن أخرجها من موْضِعِهَا، فإن كان يفعل ذلك في دوَابِّ نفسه؛ لضِيقِ الموضِعِ وغيره، فلا ضمان، وإن كان يسْقِي دوابَّه فيه، فقد قال الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ في «المختصر»: «وإن أخرجها إلَىٰ غير داره [وهو يسقي في داره][1] ضمن واختلف الأصحابُ فيه، فأخذ الإِصطخريُّ بظاهِرِهِ، وأطلق وجوبَ الضَّمَان؛ لأنه أخرج الوديعة عن الحِرْز بغير ضرورة، وحمله طائفةٌ علَىٰ ما إذا كان ذلك الموضِعُ أَحرز، فأما إذا كان الموضِعُ المخْرَجُ إليه أحرَزَ أو تساوياً، فلا ضمان، وحمله أبو إِسْحَاق، وآخرون علَىٰ ما إذا كان في الإِخراج خوفٌ، فإن لم يكن، لم يَضْمَن، لاطِّراد العادة به هذا هو

(١) سقط في: ز.

الأظهر؛ ثُمَّ إن تولى السقْيَ والعَلَف بنفسه أو أمر به صاحبَه وغلامه، وهو حاضرٌ، لم تزل يده، فذاك، وإن بعَثَهَا علَىٰ يده لسقْيِها، وأمره بعلفها أو أخرجها من يده، نُظِر: إن لم يكن صاحبُه أميناً، ضمن، وإن كان أميناً، فوجهان:

أظهرهما: أنه لا يَضْمَن للعادة، والوجهان علَىٰ ما ذكر في «الوسيط» مخْصُوصان بمن يتولَّىٰ ذلك بنفسه، فَأما في حقِّ غيره، فلا ضمان قطعاً، وإذا كان النهْيُ عن العلف لعلَّةٍ تقتضيه، كالقَوْلَنْج، فعلَفَهَا قبل زوال العلَّة، فماتت، ضمن، والعبدُ المودَعُ كالبهيمةِ في الأحوالِ المذكورةِ، ولو أودعه نخيلاً؛ حكى الحنَّاطِي فيه وجهين:

أحدهما: أنَّ سقْيَها كسَقْيِ الدابة.

والثاني: أنه لا يضْمَن بتَرْكِ السقْيِ، إذا لم يأمره[1] بالسقْيِ.

المسألة الثانية: ثيابُ الصوفِ التي يفسدها الدُّودُ يجبُ على المودَعِ نشرُها وتعريضُها للريح، بل لُبْسُها، إذا لم يندفِعْ إلاَّ بأن تلبس وتعبق بها رائحة الأدميِّ. فإن لم يفْعَل، ففسدت، ضمن، سواءٌ أمره المالكُ أو سكَتَ عنه، نعم لو نَهَاه عنْه، فامتنع، حتَّىٰ فسدَتْ، كره، ولا يضمَنْ، وأشار في «التتمة» إلَىٰ أنه يجيءُ فيه وجهُ الإِصطخريِّ[2]، ولو كان الثوبُ في صندوق مقْفَلٍ ففتح القفل، ليخرجه وينشره، قال في التهذيب: فيه وجهان:

أصحهما: أنه لا يضمن، وهذا كلُّه فيما إذا علم المودَعُ، أما إذا لم يعلَم؛ بأن كان في صندوقٍ أو كيسٍ مشدودٍ، ولم يعلمه المالكُ، فلا ضمان.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرَّابعُ الانْتِفَاعُ فَإِذَا لَبِسَ الثَّوبَ أَوْ رَكِبَ الدَّابَّةَ ضَمِنَ إِلاَّ أَنْ يَرْكَبَ لِدَفْعِ الجُمُوحِ عِنْدَ السَّقْيِ، أَوْ يَلْبَسَ لِدَفْعِ الدُّودِ عِنْدَ الحَرِّ، وَكَذَا إِنْ أَخَذَ الدَّرَاهِمَ لِيَصْرِفَهَا إِلَىٰ حَاجَتِهِ (ح) ضَمِنَ، وَإِنْ نَوَى الأَخْذَ وَلَمْ يَأْخُذْ لَمْ يَضْمَنْ، بِخِلاَفِ المُلْتَقِطِ

---

(١) سكت عن الترجيح.

قال في الخادم: وقياس نظائر ترجيح الثاني، والفرق حرمة الروح، وقد رأيت الجزم به في باب بيع الأصول والثمار من تعليقة ابن أبي هريرة ثم ساق لفظه. قال: سكت الرافعي عن الطعام كما لو كانت الوديعة حنطة يخاف عليها السوس أو تمراً يخاف عليه الدود، وفي «أدب القضاء للدبيلي أنه يرفع الأمر إلى الحاكم ليفعل ما يراه لئلا يفسد كما قلنا: في الحيوان غير أن على الحاكم الانفاق على الحيوان من مال المودع، وليس كذلك الطعام.

ثم قال: وفيه نظر، بل الظاهر حفظ مال الغائب بطريقه حيواناً كان أو غيره.

(٢) وهذه الإشارة صرح بها الدبيلي في أدب القضاء فحكى الوجه فيما إذا قال أحرق ثوبي أو أفسد متاعي أنه يجب الضمان لكن كلام القاضي أبي الطيب في المجرد مخالفته.

فَإِنَّهُ يَضمَنُ بِمُجَرَّدِ النِّيَّةِ إِذْ سَبَبُ أَمَانَتِهِ مُجَرَّدُ نِيَّتِهِ، وَقِيلَ: إِنَّ المُودِعَ أَيْضاً يَضْمَنُ، ثُمَّ مَهْمَا تَرَكَ الخِيَانَةَ لَمْ يَعُدْ (ح) أَمِيناً، فَلَوْ رَدَّ عَيْنَ الدِّرْهَم ذَلِكَ إِلَىٰ الكِيس، وَٱخْتَلَطَ بِالبَاقِي لَمْ يَتَعَدَّ الضَّمَانُ إِلَىٰ البَاقِي عَلَىٰ أَقْيَسِ الوَجْهَيْنِ، بِخِلاَفِ مَا إِذَا رَدَّ بَدَلَهُ إِلَيْهِ فَإِنَّ ذَلِكَ خَلْطُ مِلْكِهِ بِمِلْكِ الغَيْرِ، وَمَهْمَا أَتْلَفَ بَعْضَ الوَدِيعَةِ لَمْ يَضْمَنِ البَاقِي إِلاَّ إِذَا كَانَ مُتَّصِلاً بِهِ، كَمَا إِذَا قَطَعَ طَرَفَ العَبْدِ أَوِ الثَّوْبِ فَإِنَّهُ يَضمَنُ الكُلَّ لِخِيَانَتِهِ، فَإِنْ كَانَ مَخِيطاً لَمْ يَضمَنْ إِلاَّ المُفَوَّتَ عَلَىٰ أَسَدِّ الوَجهَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: التعدِّي باستعمالِ الوديعةِ والإنتفاع بها كلُبْس الثوب، ورُكُوب الدابَّة خيانةٌ مضمنةٌ، نعم: لو كان هناك عُذْرٌ بأنْ لبس؛ لِدَفْعِ الدودِ، كما ذكرنا، أو ركِبَ الدابةَ، بحيْثُ يجوز إخراجُها للسَّقْيِ، وكانت لا تنقاد إلاَّ بالركوب، فلا ضمان، وإن انقادتْ من غَيْرِ ركوبٍ، فركب، ضمن، ولو أخذ الدراهمَ، ليَصْرِفَها إلَىٰ حاجته أو الثَّوْبِ، ليلبسه أو أخرج الدابّة من مكانِها، ليركبها، ثم لم يستعمل، ضمن؛ لأنَّ الإخراجَ علَىٰ هذا القصْدِ خيانةٌ.

وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: «لا يضمنُ؛ حتى يستعمل» ولو نوى الأخْذَ، [لنفسه][1] ولم يأخذ، فوجهان: قال ابن سريج ـ رحمه الله ـ: يضمن، كما يضْمَنُ الملتقط، إذا أخذ بنية الاختزال، وكما إذا أخذ المودَعُ ابتداءً على قصْدِ الخيانة، وقال الأكثرونَ: لا يضمن، لأنه لم يُحْدِثْ فعلاً مع قَصْد الخيانة، وفي اللُّقْطَةِ أحدَثَ الأخْذَ، مع قصد الخيانة، وأيضاً، فللفرق الذي مرَّ في «باب اللُّقَطَة» وقد أعاده ها هنا في الكتاب وأمَّا إذا أخذ الوديعةَ علَىٰ قصْدِ الخيانة، فقد حكينا في اللُّقَطَة: أنَّه علَىٰ وجهين، فإن قلنا: إنه يَضْمَن، وهو الظاهر، فالفرقُ أنَّ الأخذ فعلٌ أحدثه مع قَصْد الخيانة، والوجهان جاريَانِ فيما إذا نَوىٰ ألاَّ يرد الوديعةَ بعد طَلَبِ المالك، والحكايةُ عن القاضي أبي حامِد، وعن أقضى القضاة المَاوَرْدِيِّ ـ رحمهما الله تعالى ـ: أنه يضمن ها هُنَا، ولا يضمن فيما إذا نَوى الأَخْذَ، ولم يأْخُذْ؛ لأنه إذا نَوىٰ ألا يردَّ، صار ممسكاً لنفسه، وبنية الأخذ، لا يصير ممسكاً لنفسه. ويجري الوجهان فيما إذا كان الثوبُ في صندوق غير مقْفَلٍ، فرفع رأسه، ليأخذ الثوب، ويلبسه، ثم بَدَا لَهُ؛ لأنه لم يُحْدِثْ في الثوب فعلاً، ولو كان الصُّندوق مقفلاً، والكيسُ مختوماً، ففتح القفل، وفَضَّ الخَتْمَ، ولم يأخذ ما فيه، فأخذُ الوجهين، وبه قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ أنه لا يضمن ما فيه وإنما يضمن الختم الذي تَصَرَّف فيه».

---

(١) سقط في: ز.

وأصحُّهما: أنه يضمَنُ ما فيه؛ لأنه هتَكَ الحرزَ، وعلَىٰ هذا؛ فهل يضمن الصندوقَ، والكِيس، فيه وجهان؛ لأنه لم يقصد الخيانةَ في الظَّرْف، ولو خرق الكيس، نظِرَ: إنْ الخَرْق تحت موضع الخَتْم، فهو كفَضِّ الختم، وإن كان فوقه، لم يضْمَن، إلاَّ نقصان الخَرْق[١]، ولو أودعه شيئاً مدْفُوناً، فنبشه، فهو كَفَضِّ الختم، ولا يلتحق بفتح القُفْل، وفض الختم حَلُّ الخيط الَّذي يشدُّ به رأسُ الكيس، أو رزمة الثياب، لأن القصْدَ منه المنعُ من الانْتِشَار لا أن يكون مكتوماً عنه وعن الحاوِي: نقلُ وجهين؛ فيما إذا كانت عنْده دراهمُ، فوزنها، أو عدَّها، أو ثيابٌ، فذرعها ليعرف طُولَها وعرضَهَا، أنه، هَلْ يضمن؟ ويشبه أن يجيء هذا الخلافُ في حلِّ الشَّدِّ[٢].

وأما قوله: «مهما ترك الخيانة» إلى قوله: «على أحد الوجهين» هذا شرحُه، ثم في الفصل ثلاثُ مسائِلَ:

إحداها: إذا صارت الوديعةُ مضمونةً على المودَع، بانتفاع، أو إخراج من الحَرْزِ، أو غيرهما من وجوه التقْصيرِ، ثم إنه ترك الخيانةَ، وردَّ الوديعَة إلَىٰ مكانها، لم يبرأ، ولم تعُدْ أمانته.

وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: «يبرأ، ويعود أميناً» إلاَّ أنه سلم أنه لو جَحَدَ الوديعةَ، وضَمِنَها بالجُحُود، ثم أقر بها، لا يبرأ فقاس الأَصحاب سائِرَ أسباب الضمانِ عليه، وأيضاً: فلو ردَّ السارقُ المسروقَ إلى موضعه، لا يبرأ، فكذلك ها هنا، ولو ردَّها هنا إلى المالِك، ثم إنه أودعه ثانياً، فلا شك في أنه يعود أميناً، ولو لم يردَّها، ولكن أحدث المالِكُ له استئماناً، فقال: أذنْتُ لك في حفْظِها أو أودعتكها أو استأمنتك، أو أَبرأتك عن الضمان، فوجهان:

أحدهما: ويحكى عن ابن سُرَيْج: أنه لا يعود أميناً، لظاهر قوله ﷺ «علَىٰ الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّىٰ تؤدِّيه»[٣].

وأصحُّهما: وهو ظاهر نصِّه في باب العارية عودُهُ أميناً؛ لأن التضمين لحقِّ المالك، وقد رضي بسقوطه، وروى بعضهم الأولَ عن نصِّه في الأمِّ فعلَىٰ، هذا: يجوزُ التعبيرُ عن الخلاَفِ بالقولَيْنِ، وهو كالخلافِ فيما إذا حَفَرَ بئراً في ملْكِ غيره عُدْواناً، ثم أبرأه المالكُ عن ضمان الحَفْر، ولو قال في الابتداء: أودعتك كذا، فإن خنت، ثم

(١) قال في الخادم: هذا التفصيل ذكره العراقيون ومحله إذا لم يرفعه من الأرض، فإن رفعه بنية الخيانة ضمن بذلك ولزمه أرش نقص الكيس مطلقاً.

(٢) قال النووي: ليس هو مثله والله أعلم.

(٣) تقدم في العارية.

تركت الخيانة، عدتَّ أميناً لِي، فخان، ثم تركَ الخيانةَ.

قال في التتمة: «لا يعودُ أميناً، بلا خلاف»، لأنه لا ضمانَ حينئذٍ حتَّىٰ يسقطه، وهناك الضمانُ ثابتٌ، فيصحُّ إسقاطه، وفي هذا شيءٌ آخرُ، وهو أن الاستئمان الثانِيَ معلَّق وقد سبق الكلامُ في تعليق الوديعة.

فَرْعٌ: له شبه بما نحن فيه لو قال: «خذْ هذا وديعةً يوماً، وغير وديعة [يوماً فهو وديعة أبداً ولو قال وديعة يوماً وعارية يوماً فهو وديعةٌ][1] في اليوم الأوَّل، وعاريةً في اليوم الثانِي ثم لا تعود وديعةً أبداً، حكاه القاضي الرويانيُّ عن وفاق الأصحاب[2] ـ رحمهم الله ـ في «التجربة».

المسألة الثانية: إذا خلط الوديعةَ بمالِ نفسه، وارتفع التمييزُ، ضمن، [وإن خلَط] بالمثل، أو الأجودِ، [فعن مالك أنه] لا يضمن، وإن خلطها بمال آخر للمالك كما لو كانتْ له دراهُم في كيس فخلط ما في أحدهما بالآخر، فيضمن أيضاً علَىٰ أظهر الوجهين؛ لأنه ربما ميَّز بينهما لغَرَضٍ دعا إليه فالخلْطُ خيانة، ولو كانتْ عنده دراهمُ، فأخذ منها درهماً، فأنفقه ثم ردَّ مثله إلَىٰ موضعه، لا يبرأ من الضمان، ولا يملكه ربُّ الوديعة إلاَّ بالدفْعِ إليه، ثم إن كان المردُودُ لا يتميز عن الباقي، صار الكُلُّ مضموناً علَيْهِ، لخلْطِه الوديعةَ بمالِ نفْسه، وإن كان يتميَّز، فالباقي غيرُ مضمونٍ عليه، وإن لم ينفقِ الدراهمَ المأخوذةَ، ورده بعينه، فلا يبرأ عن ضمان ذلك الدِّرْهم، ولا يصير الباقِي مضموناً عليه، إن كان يتميَّز ذلك الدرْهَم عن غَيْره، وإلا فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك؛ لخَلْطِ المضمونِ بغَيْرِ المضمون.

وأصحُّهما: المنْعُ؛ لأن هذا الاختلاطَ كان حاصلاً قبل الأخذِ، فعلَىٰ هذا، لو تلفَتِ العشَرَةُ، لم يلزمْهُ إلا درْهَمٌ، لو تلف منه خمسةٌ، لم يلزمه إلا نصْفُ درهم، وقد يعبَّر عن الخلافِ بالقَوليْن؛ لأن الثاني ـ ظاهر نصِّه في «المختصر» والأول ينسب إلَىٰ رواية الربيع ـ رحمه الله ـ وهذا كله فيما إذا كانَتِ الدراهمُ غير مختومةً، ولا قُفْلَ عليها، أو قلنا: إن مجرَّد الفضِّ والفَتْح لا يقتضي الضمانَ، أما إذا فَرَّعنا علَىٰ أنه يقتضيه، وهو الأصحُّ، فبالفَضِّ والفَتْح يضمن الجميعَ.

المسألة الثالثة: إذا أتلف بعْضَ الوديعة، ولم يكُنْ له اتصالٌ بالباقي، كأحد الثوبَيْنِ؛ فلا يضمن إلاَّ المُتْلَفَ، وإن كان له اتصالٌ؛ كتخريق الثوب، وقَطْع طرف العَبْد، والبهيمة، نُظِرَ: إن كان عامداً، فَوَجْهَان على الكلِّ، فيضمن، وإن كان مخطئاً،

---

(١) سقط في: ز.

(٢) وكان ينبغي تخريج الثانية على الخلاف في أن الواو تقتضي الترتيب أم لا.

ضمن المُتْلَفَ، وفي الباقي وجْهَان: **أحدهما**: يضمنه أيضاً، ويسوِّي بين العبد والخطأ فيه، كما سوَّىٰ في القَدْر التَّالف.

وأصحُّهما: المنعُ؛ لأنه لم يتعدَّ، وإنما ضمن المتْلَفَ لفواته.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الخَامِسُ: المُخَالَفَةُ فِي كَيْفِيَّةِ الحِفْظِ فَإِذَا سَلَّمَ إِلَيْهِ صُنْدُوقاً فَقَالَ: لاَ تَرْقُدْ عَلَيْهِ فَرَقَدَ عَلَيْهِ فَقَدْ زَادَ خَيْراً فَلاَ يَضْمَنُ إِلاَّ إِذَا أَخَذَ اللُّصُوصُ مِنْ جَنْبِ الصُّنْدُوقِ فِي الصَّحْرَاءِ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ لِأَنَّ مِثْلَ هَذِهِ المُخَالَفَةِ جَائِزَةٌ بِشَرْطِ سَلاَمَةِ العَاقِبَةِ، وَلَوْ سَلَّمَ إِلَيْهِ دَرَاهِمَ وَقَالَ: ٱرْبِطْهَا فِي كُمِّكَ فَأَخَذَهَا فِي يَدِهِ فَأَخَذَهَا غَاصِبٌ لَمْ يَضْمَنْ لِأَنَّ اليَدَ هَهُنَا أَحْرَزُ، فَإِنِ ٱسْتَرْخَىٰ بِنَوْمٍ أَوْ نِسْيَانٍ، ضَمِنَ، وَإِنْ رَبَطَ فِي كُمِّهِ ٱمْتِثالاً لَهُ وَجَعَلَ الخَيْطَ الرَّابِطَ خَارِجَ الكُمِّ فَأَخَذَهُ الطَّرَّارُ ضَمِنَ لِأَنَّ ذَلِكَ إِغْرَاءٌ لِلطَّرَّارِ، فَإِنْ ضَاعَ بِٱلاسْتِرْسَالِ لَمْ يَضْمَنْ وَإِنْ جَعَلَ الخَيْطَ دَاخِلَ الكُمِّ فَالحُكْمُ بِالعَكْسِ مِنْ هَذَا، وَإِنْ قَالَ: ٱحْفَظْ فِي هَذَا البَيْتِ وَلَمْ يَنْهَ عَنِ النَّقْلِ فَنَقَلَ إِلَىٰ مَا هُوَ دُونَهُ فِي الحِرْزِ ضَمِنَ، وَإِنْ نَقَلَ إِلَىٰ مَا هُوَ مِثْلُهُ أَوْ فَوْقَهُ لَمْ يَضْمِنْ، إِلاَّ إِذَا هَلَكَ بِسَبَبِ النَّقْلِ كَٱنْهِدَامِ البَيْتِ المَنْقُولِ إِلَيْهِ، وَكَذَلِكَ مُكْتَرِي الدَّابَّةِ إِذَا رَبَطَهَا فِي ٱلإِصْطَبْلِ فَمَاتَتْ لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنِ ٱنْهَدَمَ عَلَيْهَا ضَمِنَ، وَإِنْ نَهَاهُ عَنِ النَّقْلِ فَنَقَلَ ضَمِنَ لِصَرِيحِ المُخَالَفَةِ، وَإِنْ كَانَ المَنْقُولُ إِلَيْهِ أَحْرَزَ إِلاَّ إِذَا كَانَ النَّقْلُ لِضَرُورَةِ غَارَةٍ أَوْ حَرِيقٍ، وَلَوْ نَقَلَ مِنْ صُنْدُوقٍ إِلَىٰ صُنْدُوقٍ وَالصَّنَادِيقُ لِلمَالِكِ لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ كَانَ لِلْمُودِعِ فَهُوَ كَالبَيْتِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا أمره بحفْظِ الوديعةِ علَىٰ وجْهٍ مخصوصٍ، فعَدَلَ عنه إلَىٰ وجهٍ آخر، وتلفَتِ الوديعةُ، فإن كان التلَفُ بسبب الجهةِ المعْدُولِ إلَيْها، ضمن، وكانتِ المخالفةُ من أسبابِ التقصير؛ لأنه لو راعَى الوَجْه المأمورَ به، لم يتحقَّقِ التلفُ، ولو حصل التلفُ بسببٍ آخرَ، فلا ضمان، وهذه جملة يفصِّلها صُوَرٌ:

الصورة الأُولَىٰ: أودعه مالاً في صندوقٍ، وقال: لا ترقُدْ عليه، فرقَدَ علَيْه، نُظِرَ: إن كان تلف بالرقود، بأن انكسر رأسُ الصندوق بثقله أو تلف ما فيه، وَجَبَ الضمان، وإلا، فإن كان في بيت محرز، وأخذه اللُّص، أو في صحراء، وأخذه اللُّص من رأس الصندوق، فعن مالك ـ رحمه الله ـ: أنه يضمن، وبه قال بعض الأصحاب؛ لأن الرقود عليه يوهِمُ السارقَ نفاسَةَ ما فيه، فيقصدُهُ، والمذْهَب: أنه لا يضمن؛ لأنه زاد احتياطاً وحفْظاً، والتلف ما جاء مما أتَىٰ به ويجري هذا الخلاَفُ فيما إذا قَالَ: لا تقفل عليه، فأقفل، أو لا تَقْفِل عليه، إلاَّ قُفْلاً واحداً، فأقفل قُفْلَين، أو لا تَغْلِق باب البيت، فأغلقه، وإن كان في الصحراء، وأخَذَ اللُّص من جنب الصندوق، فوجهان منقولان في «التتمة»:

أحدهما: أنه لا يضمن؛ لأنه إذا كان فَوْق الصندوق، يطلع على الجَوَانِبِ كلِّها، فيكون أبلغ في الحفْظِ.

وأظهرهما: وهو المذكورُ في الكتاب: أنه يضمن؛ لأنَّه إذَا رقَدَ علَيْه، فقد أخلى جنْب الصندوق، وربما لم يتمكَّن السارقُ من الأَخذ، لو كان بجَنْبه، وإنما يظْهَر هذا، إذا فرض الأخْذ من الجانب الَّذي لو لم يرقُدْ عليه، لكان يرقُدُ هناك، وذلك بأنْ كان يرقُدُ قُدَّام الصندوق، فتركه فانْتهَزَ السارق الفرصَة، أو قال المالِكُ: أرقد قُدَّامه، فرقد عليه، فأخذ السارقُ المالَ من قُدَّامه، وقد تعرض لهذا القَيْد متعرِّضون.

وقوله في الكتاب «فقد زاد خيراً» في بعض النُّسَخ: «فقد زاد حِرْزاً» وهو لفظ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه.

وقوله: «فلا يضمن» مُعْلَمٌ بالواو والميم.

وقوله: «يضمن» بالواو، وقوله: «لأن مثل هذه المخالفة جائزةٌ، بشرط سلامة العاقبة» يعني به ما بينا أنه لا بأس بالعُدُول من جِهَةِ حفْظٍ إلَىٰ مثلها، لكن لو أفضَى المَعْدُول إلَيْه إلى التلف، وجب الضَّمَان وإذا أمره بدَفْنِ الوديعة في بَيْته. وقال: لا تَبْنِ عليه، فبنَىٰ، فهو كما لو قال: لا ترقُدْ علَيْه فرقد، ثم هو عند الاسترداد منقوض غير مغروم على المالك، كما لو نقل الوديعة عند الضرورة لا يرجع بالكراءِ على المالك؛ لأنه متطوع، نصَّ عليه في «عيون المسائل».

الثانية: إذا سلم إلَيْه دراهم، أو غيرها، وقال: اربطْهَا في كُمِّكَ، فأمْسَكَها في يده، فالنصُّ في «المختصر»: أنه لا ضمان، وعن رواية الربيع ـ رحمه الله ـ: أنه يضمن، وحكى العراقيُّون وغيرهم فيها طريقَيْن:

أحدهما: إن المسألة علَىٰ قولَيْن: وجْهُ الأول: أن اليد أحرزُ من الكُمِّ لأن الطَّرَّاز يَأْخُذ من الكم، ولا يتمكَّن من الأَخذ من اليد، ووجه الثاني: أن ما في اليد يضيعُ بالنِّسْيَان، وَبَسْطِ اليدِ، وما في الكم لا يضيع.

وأصحُّهما: تنزيل النَّصيَّن على حالَتَيْن، وفيه طريقان:

أحدهما: أنه، إنْ لم يَرْبِطْها في الكُمِّ، واقتصر على الإِمْسَاك باليد، ضمن، كما نقله الرَّبيع، ورواية المزنيِّ محمولةٌ علَىٰ ما إذا أمسك باليد بَعْدَ الربط في الكم.

وأصحُّهما: وهو المذكورُ في الكتاب، واختارَهُ الشَّيْخ أبو حامد: أن رواية المُزَنِيِّ محمولةٌ على ما إذا تلفت بأخْذِ غاصبٍ، فلا يضمن؛ لأن اليَدَ أحرزُ بالإضافة إليه، وإن سقطت بنوم، أو نسيان، ضَمِنَ؛ لأنها لو كانَتْ مربوطةً في الكم، ما ضاعت بهَذَا السَّبَب، فالتَّلَف حَصَل بسبب المخالَفَة، ولفظ النَّصّ في «عيون المسائل» مصرِّح بهذا

التنزيل ولو لم يربطْها في الكُمِّ، وجعلَهَا في جَيْبِهِ، لم يضمن؛ لأنه أحْرَزُ إلاَّ إذا كان واسعاً غير مزرور.

وفيه وجه ضعيفٌ: أَنَّهُ يضمن، وبالعَكْس يضمن لا محالة لو أنه امتثلَ أَمْرَهُ، فربَطَهَا في كُمِّه، فلا يحتاج في ذلك إلى الإمساك باليَدِ، ثم ننظر: إنْ جعل الخَيْط الرابط خارجَ الكُمِّ، فأخذها الطَّرارُ، ضمن، لأن فيه إظهارَ الوَدِيعة، وذلك يتضمن تنبيه الطرار، وإغراءَهُ، وأيضاً: فإن قطْعه، وحَلَّه يكون أسهل على الطَّرَّار، وإن ضاع بالاسترْسَالِ، وانحلال العقدة، لم يضمن إذا كان قد احتاطَ في الربْط؛ لأنها إذا انحلَّت بقيت الدراهمُ في الكمِّ، وإن جعل الخيْط الرابط دَاخِلَ الكم، انعكس الحكم، فإن أخذه الطَّرَّار، لم يضمن، وإن ضاع بالاسْتِرْسال، ضمن؛ لأن العقْدَةَ، إذَا انحلَّت، تناثَرَتِ الدراهمُ، هذا ما قاله الأصحابُ، وهو مشكِلٌ لأن المأمورَ به مطلَقُ الربْطِ، فإذا أَتَىٰ به، وجَبَ ألا ينْظُرَ إلَىٰ جهاتِ التَّلَف بخلافِ ما إذا عَدَل عن المأمور به إلَىٰ غيره، فأفضَىٰ إلى التَلفِ، وقضيَّة هذا أن يقال إذا قال: احفظ الوديعةَ في هذا البَيْت، فوضَعها في زاويةٍ منه، فانهدمَتْ عليها، يضمن؛ لأنَّها لو كانَتْ في زاوية أخرىٰ، لسلمت ومعلُومٌ أنه بعيدٌ ولو سلم إليه دراهمَ في السُّوق، أو طريق، لم يقُلِ: اربطْهَا في كمك، ولا امْسِكْها في يدك، فربَطَها في الكُمِّ، وأمسكها باليد، فقد بالَغَ في الحفظ، وكذا لو جعَلَها في جَيْبِهِ، وهو ضيِّقٌ أو واسِعٌ مزرور، فإن كان واسعاً غَيْر مزرورٍ، ضمنها؛ لسهولةِ تناوُلِها باليد. ولو أمسكَهَا بيده، ولم يربطْها في الكُمِّ، لم يضْمَنْ، إن تلفت بأخْذِ غاصبٍ، وضمن إنْ تلفت بغفْلِة أو بنَوْم، ولو ربطها، ولم يمسكْها بيده، فقياسُ ما سَبَق النَّظَرُ إلى كيفية الربط، وجهة التَلف. ولو وضَعَها في الكُمِّ، ولم يربطْ فسقطت، فإن كانَتْ خفيفةً، لا يَشعُرُ بها، ضَمِن؛ لتفريطِهِ في الإِحْرَاز، وإن كانَتْ ثقيلةً، يشعُر بها، لم يضْمَنْ، ذكره في «المهذب» وقياسُ هذا؛ يلْزَمُ طردُهُ فيما سبَقَ من صُور الاسْتِرْسال كلِّها، ولو وضعها في كُورِ عمامَتِه، ولم يشدَّ، ضمن، ولو أودَعَه في السوق، وقال: احفظْ وديعتِي في بيتِكَ، فينبغِي أن يَمْضِيَ إلَىٰ بيته، ويحرزها فيه، فإنْ أخَّر من غير عُذْر، ضمِن[1] وإن أودعه في البَيْت، وقال: احفَظْها في البَيْت، فربَطَها في الكم، وخرج بها، صَارَتْ مضمونةً عليه، وكذا لو لم يخْرُجْ بها، وربَطَها في الكُمِّ مع إمكان إحْرَازها في الصندوق ونَحْوِهِ وإن كان ذلك لقفل تعذَّر فتْحه، أو ما أشبه

---

(١) كأن أطلقه، وفصل القاضي أبو علي الفارقي وابن عصرون ومن تبعهما فقالوا: إن كان مما عادته القعود بالسوق إلى وقت معلوم لاشتغاله بتجارة وغيرها فأخرها إلى ذلك الوقت لم يضمن، وإن لم تجر عادته بالقعود ولأنه وقت معلوم في المضي إلى البيت فأخرها ضمن هذا عند الإطلاق وأما إذا قال أحرزها الآن في البيت فقبل وأخرها ضمن مطلقاً.

ذلك، لم يضمَن، قال في «المعتمد»: «وإنْ شدَّها في عَضُدِهِ، وخَرَج بها، فإنْ كانَ الشَّدُّ مما يلي الأَضلاَعَ، لم يضمَنْ؛ لأنه أَحْرَزُ من البَيْت، وإن كان الشدُّ من الجانب الآخَرِ، ضمن؛ لأن البيت أحرز منه، والله أعلم.

وفي تقييدهم الصورةَ بما إذا قَالَ: «احفظْهَا في البيت» ما يُشْعِرُ بأنه لو أودعه في البَيْت، ولم يَقُلْ شيئاً، يجوز أنْ يخرج بها مربوطةً، ويشبه أن يكُونَ الرجُوعُ إِلَىٰ العَادَةِ.

الصورة الثانية: إذا عين للوديعةِ مكاناً؛ بأن قال: احفَظْها في هذا البَيْت، أو في هذه الدار، فإما أن يقتصَر علَيْهِ، أو ينهاه مع ذلك عَنِ النَّقْل، فإن اقتصر علَيْه، فنقلها إِلَىٰ ما دُونَه في الحرز، ضَمِن، وإن كان المنقولُ إليه حِرْزاً لمثْلِها، وإن نقلها إِلَىٰ بيتٍ مثْلِ الأوَّل، أو أحرز منه، لم يضمن، ويحمل التعيينُ علَىٰ تقدير الحِرْز به، لا دون التخْصِيص الَّذي لا غَرَضَ فيه، كما إذا أَجَّر أرضاً لزراعةِ الحنْطَةِ، يجوز أن يزرعها، وما ضَرَرهُ مثْلُ ضَرَرِها، نَعَم: لو كان التلف بسبب النقْل، كما إذا انْهَدَم علَيْه البيتُ المنقولُ إِلَيْه، فيضمن، لأن التلَفَ ها هنا جَاءَ من المخالَفَةِ. وقوله في الكتاب وكذلك مكتري الدابَّة للرُّكُوب، إذا ربَطَها في الإِصْطَبْلِ، فماتَتْ، لم يَضْمَنْ، وإن انهدم عليها، ضمن المسألةُ مذكورةٌ في الإجارةِ، والغرضُ ها هنا الاستشهادُ، والسرقةُ من البَيْت المنقُولِ إليه كالانهدام فيما ذكره صاحب «التهذيب» و«التتمة» فلفظ الكِتَابِ في الإِجَارَةِ يقتضي إلحاقَ السَّرِقَةِ والغَصْب بالمَوْت، وكذا أورده بعْضُهم، وإن نهاه عن النَّقْل، فقال: احفَظْهَا في هذا البيت، ولا تنقُلْها، فإن نقل من غير ضَرُورَةٍ، ضمن؛ لصريح المخَالَفةِ من غَيْر حاجة، سواءٌ كان المنقولُ إليه أَحْرَزَ، أو لم يكنْ وقال أبو سعيد الإِصطخريُّ إن كان مثل الأَوَّلُ أحرزَ، لم يضمن، كما لو لم يَنْه، وإن نقل ضرورة غارةٍ أو غلبةِ أو حريق اللصوصِ لم يضمن، إذا كان المنقولُ إليهِ حِرْزاً لمثْلِها، ولا بأس بكَوْنه دُونَ الأوَّل، إذا لم يجدْ أحرزَ منه، ولو ترك النقْلَ، والحالَةُ هذه، فأصحُّ الوجهين: أنه يضمن، لأن الظَّاهِرَ أنه قَصَدَ بالنهي عن النَّقْل نوعاً من الاحْتِيَاطِ، فإذا عرضَتْ هذه الأحوالُ، فالاحتياطُ النقْلُ، وإن قال: «لا تَنْقُلْها، وإن حدثَتْ ضرورةٌ» فحدثَتْ ضرورةٌ، فإن لم ينقلْ[1]، لم يضمَنْ، كما لو قال: «أَتْلِفْ مالِي» فأتلفه، وفيه وجه عن الإِصطخريِّ ـ رحمه الله ـ وإن نقل فوجهَان:

أصحهما: أنه لا يضمن أيضاً؛ لأنه قصد الصيانةَ والإِصْلاَح، وحيثُ لا يجوزُ النقْلُ إلاَّ بضرورةٍ، فلو اختلَفَ في أنَّه، هَلْ كان ضرورةً، فإن عرف هناكَ ما يدَّعيه

---

(١) هذا إذا كان في إخراجها مصلحة، فإن كان فيه خوف كالخوف في تركها فأخرجها فتلفت قال الصيمري في الإيضاح: يلزمه ضمانها لكن نقلها والحالة هذه غير مقيد، وقد تلفت بفعله فيلزمه الضمان.

المودَعُ صُدِّقَ بيمينه، وإلاَّ طولب بالبينة، فإن لم يكن بينه صدق المالك بيمينه. وحكى أبو الفرج الزاز ـ رحمه الله ـ وجهاً أن ظاهِرَ الحال يغنيه عن اليَمِين، وحكَىٰ أيضاً وجهاً غريباً فيما إذا لم يَنْهَ عن النَّقْل، فَنَقَلَ إلَىٰ ما دونه: أنه لا يَضْمَن فيجوز أن يعلم لذَلِكَ قولُهُ في الكتاب: «فنقل إلَىٰ ما دُونَه في الحِرْزِ، ضمن» بالواو، وقوله: «فإن نهاه عن النقْلِ، فنقل، ضَمِنَ» معلَّمٌ بالواو؛ لما سبق، وبالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة أنه لا بأس بالنقل من بيت إلى بيتٍ آخر من الدار، [وسلم أنه لا يجوزُ النقْلَ من دار][1] إلى دارٍ أخرَىٰ، إذا نهَىٰ عن النقل.

ثم ذكر الأئمة: أنَّ جميعَ هذا فيما إذا كان البَيْتُ المعيَّن والدارُ المعيَّنة للمودَعِ، أمَّا إذا كان للمالك، فليس للمودَعِ إخراجُهَا عن ملكه بحالٍ إلاَّ أن تعرض ضَرورةٌ.

الصورة الثالثة: إذا نقل الوديعة من ظرف إلى ظرف كخريطة إلَىٰ خريطةٍ، وصندوقٍ إلى صندوق، فَقَدْ أطلَقَ صاحبُ الكتاب أنه إن كانت الظروفُ للمالكِ، لا يضمن، وأطْلَقَ مطْلِقُون، والحالةُ هذه؛ أنه يضْمَن، كما لو نقَلَها من بيته.

والَّذي يتلخص فيه من كَلام الأصحابِ علَىٰ اضطرابه [أنه] إنْ لَمْ يُجِزْ فَتْحُ قُفْلٍ، ولا فَضُّ خَتْم، ولا خَلْط، ولم يَعيِّنِ المالكُ ظرفاً، فلا يضمن بمجرَّد النقْل، سواءٌ كانت الصناديقُ للمودَعِ أو للمالكِ، وإذا كانَتْ للمالكِ، فحُصُولها في يد المودَعِ قد يكونُ بجهة كونِهَا وديعةً، أيضاً إما فارغةٌ أو مشغولةٌ بالوديعةِ، وقد تكون بجهةِ العَارِية، وإنْ جرَىٰ شيء من ذلك، فأما الفضُّ، والفَتْح، والخَلْط، فَقَدْ مَرَّ أنها مضمنةٌ، وأما إن عَيَّن ظرفاً، نُظِر: إن كانَتِ الظروفِ للمَالِك، فوجهان:

أحدُهُمَا: أنه يضْمَن؛ لأن التفتيشَ عن المتاعِ المَوْضُوعِ في الصنْدُوقِ، والتَّصَرُّفَ فيه بالنَّقْل لا يليقُ بحالِ المُودَع.

وأصحُّهما: المَنْعُ؛ لأن الظرف والمظْرُوف وديعتَانِ، وليس فيه إلاَّ أنه حفْظُ أحدِهِما في حرزٍ، والآخر في غيره، فعلَىٰ هذا: إن نقل إلَىٰ المثل، أو الأحرز، فلا بأْسَ، وإن نقل إلَىٰ ما دُونَه، ضمن، وإن كانَتِ الظروفُ للمودَعِ، فهو كالبُيُوتِ بلا خلاَفٍ.

ومما يناسب صور الفصل، لو قال: احفَظْ وديعتِي في هذا البَيْتِ، ولا تدخل عليها أحداً، أو لا تستعن علَىٰ حفْظِها بالحارِسِينَ فخالف فإن حصل التلف؛ بسبب المخالفة؛ بأن سَرَق الذين أدخَلَهُم أو الحارِسُون، ضمن، وإن سرق غَيْرُهم، أو وقع

---

(١) سقط في: ز، ب.

حَرِيقٌ، فلا، ولو أودَعَه خاتماً، وقال: اجعلْهُ في خِنْصَرِكَ، فجعله في البِنْصَرِ، فهو أحرزُ لأنَّها أغلظُ، لكنْ لو انكسر، لِغِلَظِهَا، ضمن، وكذا لو أمسكه في أنحلته العلْيَا، لأنه في أصْلِ الخنْصر أحْرَزُ، ولو قال: اجعله في البنْصِر، فجعله في الخنصر، إن كان لا ينتهِي إلَىٰ أصلِ البنصرِ، فالذي فعله أحرزُ، فلا يضمن[1]، وإن كان ينتهي إلَيْهِ، ضمن؛ لأن ما يثبت في البنْصر، إذا جعل في الخنصر، كان يعرض السقوط، ولو أودعه الخاتَمَ، ولم يذكر شيئاً، فإن جعله في غير الخنصر، لو يضْمَن إلاَّ أنَّ المرأة قد تختم في غَيْر الخنصر، فيكون غير الخنْصر في حقِّها، كالخنصر إن كانت مودعة، وإن جعله في الخنْصر، ففيه احتمالانِ عن القاضِي الحُسَيْنِ وغيره:

أحدهما: ويحْكَىٰ عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أنه يضْمَن؛ لأنه استعمالٌ.

والثاني: أنه إنْ قصد الحفْظَ، لم يضمن، وإن قَصَد الاسْتعمال، ضمن وفي «الرَّقْم» لأبي الحَسَنِ العبَّادِيِّ: أنه إن جعلَ فصَّه إلَىٰ ظهر الكف، ضمن، وإلاَّ[2]، فلا؛ كأنه استدلَّ بجعله إلَىٰ ظهرِ الكَفِّ علَىٰ قصد الاستعمالِ، لكن من آداب الختم: أن يجعل الفَصُّ إلَىٰ بطْنِ الكفِّ، وأنه يقدح في هذا الاستدلالِ والجوابِ المطْلَقِ فيما إذا قَالَ: اجعلْهُ في البنْصر، فجعله في الخنصر، يُنْظَر إلَىٰ هذا الخلاَف، ولو أودعه، وقال: لا تخبر بوديعتي أحداً، فخالف فسَرَقَها مَنْ أخبره، أو من أخْبَرَ من أخبره، ضمن المودَعُ؛ لإقضاء الإخْبَار إلى السرقة، ولو تلفَتْ بسببٍ آخَرَ، لم يضمن ذكره الشيخ أبو الفَرَج.

وزاد العباديُّ على هذا؛ فقال: لو أنَّ رجلاً من عرضِ الناس سأل المودع، هل عندك لفلانٍ وديعةٌ، فأخبره بها، ضَمِنَها؛ لأن كتمانِهَا مِنْ حِفْظِها، فإذا أخبره، فقد ترك الحِفْظَ، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: السَّادِسُ: التَّضْيِيعُ وَذَلِكَ أَنْ نُلْقِيَهُ فِي مَضْيَعَةٍ، أَو يَدُلَّ عَلَيْهِ سَارِقاً، أَوْ يَسْعَىٰ بِهِ إِلَىٰ مَنْ يُصَادِرُ المَالِكَ فَيَضْمَنُ، وَلَوْ ضَيَّعَ بِالنِّسْيَانِ فَفِي ضَمَانِهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ سَلَّمَ مُكْرَهاً فَقَرَارُ الضَّمَانِ عَلَى الظَّالِمِ، وَفِي تَوَجُّهِ المُطَالَبَةِ عَلَيْهِ وَجْهَانِ، وَمَهْمَا طَالَبَهُ

---

(١) قال في الخادم فيه أمران:
أحدهما: قضية التقييد بالعليا أنه لا يضمن إذا جعله في الوسطى، والذي أورده القاضي أبو الطيب وغيره الضمان وهو الظاهر.
الثاني: ما أطلق من عدم الضمان في جعله في الخنصر مقيد بما إذا كان يصلح للأصبعين؛ لأن اليمين حينئذ أوثق فإن كان يصلح للخنصر ويضمن للبنصر ضمن.

(٢) قال النووي: المختار أنه يضمن مطلقاً، إلا إذا قصد الحفظ.

الظَّالِمُ فَعَلَيْهِ أَنْ يُخْفِيَ، وَلاَ بَأْسَ أَنْ يَحْلِفَ كَاذِباً لِلْمَصْلَحَةِ، فَإِنْ خُيِّرَ بَيْنَ الحَلِفِ بِالطَّلاَقِ أَوِ التَّسْلِيمِ فَإِنْ سَلَّمَ ضَمِنَ، وَإِنْ حَلَفَ طُلِّقَتْ زَوْجَتُهُ لِأَنَّ الخِيَارَ فِي التَّعْيِينِ إِلَيْه.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مِنْ أسبابِ التَقْصيرِ التضْييعُ، فإِنَّ المودَعَ مأمورٌ بحفْظِ الوديعةِ، حيثُ يكونُ حرزاً لمثْلِها وبالتحرُّز عن أسباب التَّلَف، فلو أخر إحرازَهَا مع الإمكان، ضمن، ولو جعَلَها في مضْيَعَةٍ أو في غيرِ حِرْزِ مثلها، فكذلك، ولو جعلها في أَحْرَزَ من حرزِ مثلها، ثم نَقَلَها إلى حرزِ المثلِ، فلا بأس، إذا عُرِفَ ذلك، ففيه صورٌ:

الأولَىٰ: لو سعَىٰ بالوديعة إِلَىٰ من يصادِرُ المالك، ويأخذ أموالَهُ، ضمنها؛ بخلافِ ما إذا كانَتِ السعايةُ من غير المودَعِ، فإنه لم يلتزم الحفْظَ، ولو أخبر اللصوصَ بالوديعة، فسرقوا؛ إن عَين الموضِعَ، ضمن، وإلاَّ فلا، وكذلك فَصَّل صاحب «التهذيب» وقد يُشْعِر به لَفْظُ الكتاب؛ حيثُ قال: أو يَدُل عليه سارقاً.

الثانية: لو ضيَّع الوديعةَ بالنِّسيان.

فأحد الوجهين: أنه لا يَضْمَن؛ لأن الناسِيَ غير متعدٍّ، والمودع إنَّما يضمن بالتعدِّي.

والثاني: يضمن؛ لأن التضْييع سَبَبُ التقصير، فيستوي فيه النِّسْيان وغيره، كالإتلاف، وبالأوَّل أجاب بَعْضُ المتأخِّرين، ونسب إلى الخضريِّ؛ لأنه سُئِلَ عن امرأةٍ، سلمت خلخالَهَا إلَىٰ زوجها، ليدفعه إلَىٰ صائغ، فدفعه، ونَسِيَ الصائغ، فقال: إن أشهد لم يضمن، وإلاَّ ضَمِن، لكن الأشبه رجحانُ الثاني لأنه نصَّ في «عيون المسائل»: أنه إذا أودعه إناءَ من قوارير، فأخذه المستودعُ بيده، ليُحْرِزُه في منزِلِهِ، فأصابه شيء من غيرِ فعْلِهِ، فانكسر، لم يضمن، ولو أصابَهُ بفعْلِه مُخْطِئاً أو عامِداً قَبْل أن يصيرَ إلى البَيْت أو بَعْدَ ما صار إِلَيْه، فهُوَ ضامنٌ، والخطأ والنسيانُ يجريان مجْرَىٰ واحداً وأيضاً: فإن أبا سعد المتولِّي ـ رحمه الله ذكر أن الوجْهَيْن في النسيان مبنيَّانِ علَىٰ أن المأمور بالفِعْل، إذا تركه ناسياً، هل يعدُّ مفرطاً، كما لو نَسِيَ الماء في رَحْلِهِ وتيَمَّم، هل يقضي الصلاةَ؟ فيه قولان، والظاهرُ في ذلك الأصْل وجوب القضاء، ولأنه ذكروا أنه لو انتفع بالودِيعَةِ، ثم ادَّعىٰ الغلَطَ، وقال: ظننته مِلْكي، لا يُصدَّق، ومعلومٌ أن هذا احتمالٌ قريبٌ، وكأن الجوابَ مبنيٌّ على أن الغَلَط غيرُ دافِعٍ للضمان.

الثالثة: إذا أخذ الظالِمُ الوديعةَ قَهراً، فلا ضمانَ علَىٰ المُودَعِ، كما لو سُرِقَتْ منه، وإن أكرهه؛ حتى سلَّمها بنَفْسِه، فللمالِكِ مطالبةُ الظالِمِ بالضَّمان، ولا رجوعَ له، إذا غرم، وهَلْ يطالب المودَعَ؟ فيه وجهان:

أظهرهما: نعم؛ لتسليمه، ثم يَرْجِع هُوَ على الظالِم، وهما كالوجهين في أنَّ المكره علَىٰ إتلاف مال الغَيْر، هل يطالب؟ وقوله: «فقرارُ الضمانِ على الظَّالم وفِي تَوَجُّهِ المطالَبَةِ علَيْه وجهان» مَسَاقُهُ يقتضي [الجزم بالقرار علَيْهِ مع الوجهين وفي مُطَالبة المُودَع][1] لكنَّ المعنِيَّ بالقرار في هذه المواضِعِ الأ يرجع الشخْصُ، إذا غُرم، ويرجع عليه غيره، إذا غرم، وهذه الحقيقةُ تعتمدُ توجِيهَ المُطَالبة علَىٰ شخْصَيْن، فلا ينتظم الحُكْم بالقرار عليه، إلاَّ إذا قلنا بتوجُّه المطالبة [على المكره، فلا يكون مجزوماً، به مع الخلاف في المُطَالَبَةِ][2] ومهما طالبه الظالم بالوديعَة فعليه دفعه بالإِنكار والإخفاء والامتناع، ما قَدَر عليه، فإن ترك الدَّفْع مع القدرة، ضمن، وإن أنْكَر، فحلفه، جاز له أن يَحْلِفَ لمصلحةِ حفْظِ الوديعةِ، ثم يُكَفِّرُ[3]؛ لأنه كاذبٌ.

وفي «التتمة»: أن وجُوبَ الكفارة يُبْنَىٰ على أنه، إنْ أكره على تطليق إحدى امرأتَيْهِ، فطلَّقها، هل يَقَعُ أم لا فإن قلْنا: لا يقع، فيمينه لا ينْعَقِدُ، هذا لفظه، وإن أُكْرِهَ علَىٰ أن يَحْلِفَ بالطلاق، أو العتاق فحاصُلُه التخييرُ بين الحَلِفِ، وبين الاعتراف والتسليم، فإن اعترف، وسلَّم، ضمن؛ لأنه فَدَىٰ زوجته بالوديعةِ، وإن حَلَفَ بالطلاق، طلقت زوجته؛ لأنه قَدَرَ على الخَلاَصِ بتَسْلِيم الوديعةِ، ففدَىٰ الوديعةَ بالطَّلاق. وفي «التَّتِمَّة»: أنا إن قلنا: إنَّ مَنْ أكره علَىٰ طلاقِ إحْدَى امرأتَيْهِ، فطلَّق، لا يَقَعُ، فها هنا إنْ حَلَفَ بالطلاق، لم يَقَعْ، وإن اعترف بالوديعةِ، وسلَّمها، كان كما لو سلَّمها مكرهاً، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: السَّابِعُ: الجُحُودُ وَهُوَ مَعَ غَيْرِ المَالِكِ غَيْرُ مُضَمِّنٍ، وَمَعَ المَالِكِ بَعْدَ مُطَالَبَتِهِ مُضَمِّنٌ، وَبَعْدَ سُؤَالِهِ دُونَ المُطَالَبَةِ وَجْهَانِ، وَمَهْمَا جَحَدَ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ، فَإِنْ أُقِيمَ عَلَيْهِ البَيِّنَةُ فَادَّعَىٰ الرَّدَّ مِنْ قَبْلُ فَإِنْ كَانَ صِيغَةُ جُحُودِهِ إِنْكَاراً لِأَصْلِ الوَدِيعَةِ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ، وَفِي قَبُولِهِ مَعَ البَيِّنَةِ وَجْهَانِ لِتَنَاقُضِ كَلاَمِهِ، وَإِنْ كَانَ صِيغَةُ جُحُودِهِ أَنَّه لاَ يَلْزَمُنِي تَسْلِيمُ شَيْءٍ إِلَيْكَ قُبِلَ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ وَالتَّلَفِ؛ إِذْ لاَ تَنَاقُضَ بَيْنَ كَلاَمِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في الفصل مسألتان:

إحداهما: مَنْ فِي يدِهِ وديعةٌ، إذا قال: لا وديعةَ لأحدٍ عندِي، إما ابتداءً أو في

---

(١) في ب: توجيه المطالبة عليه. (٢) سقط في: ز، أ.

(٣) تعبير الشيخ بالجواز يفهم عدم الوجوب.

قال في الخادم: لو كانت الوديعة رفيقاً والظالم يريد قتله عدواناً أو الفجور به وجب أن يحلف كما أشار إليه الغزالي في صورة القتل بل أطلق في البسيط أنه يجب أن يحلف كاذباً بأنه ليس عنده وديعة، وموضع وجوب الكفارة إذا لم يأت بالتورية، فإن ورى لم تجب وتنفعه التورية وإن كان المستحلف حاكماً لأنه ظالم كما صرح به الروياني في الحلية في كتاب الطلاق.

جوابِ سؤالِ غير المالك، سواءٌ جرَىٰ ذلك بحُضُور المَالِكِ أو في غيبته، فلا يضمن؛ لأن الوديعة يسْعَىٰ في إخفائها؛ فإنه أقرب إلى الحفظِ، وإن طلبها المالكُ، فجحَدَ، فهو خائنٌ ضامنٌ، وإن لم يطلُبْ، لكن قال: لي عندَكَ وديعةٌ، فإن سكت، لم يضْمَنْ، وإن أنكر، فوجهان:

أحدهما: يضمن؛ كما لو جَحَدَ بعْد الطلَبِ.

وأشبههما: لا؛ لأنه لم يمسكْهَا لنفسه؛ بخلاف ما بعد الطَّلَبِ لأنه قد يعرض له في الإنكَار والإخفاء غرض صحيح، ولو قال بعد الجُحُود: كُنتُ غلطْتُ أو نَسِيتُ الوديعةَ، فالمنقولُ أنَّه لا يبرأ عن الضمان إلاَّ أن يصدقه المالك.

الثانية: من أَنكر وديعةً ادُّعِيت عليه، صدِّق بيمينه، فلو أقام المدعي بينةً على الإيداع، أو اعترَفَ به المدعى عليه، طُولِبَ بها، فإن ادعَىٰ ردَّها أَو تلفَهَا بعْدَ الجحودِ أَو قَبْلَه، نِظِرَ في صيغة جحودِهِ: إن أنكر أَصْلَ الإِيداع، لم يصدَّق في دعْوَى الردِّ، لتناقض كلاَمَيْهِ، وظهورِ خيانَتِهِ، وأما في دعوى التَّلف، فيصدَّق لكنه كالغاصِبِ، فيلزمه الضمان، وهَلْ يتمكَّن من تحليف المالك؟ وَهَلْ تسمعُ بينته علَىٰ ما يدَّعِيه من الردِّ أو التَّلَف؟ فيه وجهان:

أَحدهما: المنع، لأنه بإنكارِ أَصْلِ الإِيدَاعِ مكَّذبٌ لقوله الثَّاني، وللشُّهُود.

وأظهرهما: ويحْكَىٰ عن اختيار القَفَّال، والشيخ أبي عليٍّ: أنها تسمع؛ لأنه ربما كان ناسياً، ثم تذكر الوديعةَ، والردَّ، وهذا كما لو ادَّعَىٰ، وقال: لا بينةَ لِي، ثم جاء ببينةٍ، تُسْمَعُ، فعلَىٰ هذا؛ إن قامتِ البينةُ علَى الرد أو على الهلاك قبْل الجُحُود، سقطَتِ المطالبة، وإن قامَتْ على الهلاك بعد الجُحُود، ضمن لخيانته.

واعلم أنَّا حكينا في ألفاظ المرابحةِ، إذا قال: اشتريتُ بمائةٍ، ثم قال: اشتريتُ بمائةٍ وخمسين: أن الأصحابَ فَرَّقوا بين أن يذكر وجهاً محتملاً في الغَلَط أَوْ لاَ يذكره، ولم يتعرَّضوا لمثله ها هنا، والتسويةُ بينهما[1]، متَّجِهةٌ، وإن كانت صيغةُ جُحُودة أن ألا يلزمُنِي تسليمُ شيءٍ إليك، أو مَا لَكَ عنْدِي وديعةٌ، أو شيء، صُدِّق في دعوى الرَّدِّ والتلف، لأنها لا تناقض كلامه الأول، فإن اعترف أنه كَانَ باقياً يوم الجحود، لم يصدَّق في دعوى الردِّ إلاَّ ببينة، وإن ادعى الهَلاَك، فهو كالغاصِبِ، إذا ادَّعاه، فالمذهَبُ أنَّه يصدَّق بيمينه، ويؤْخَذُ منه الضمان.

---

(١) تعرض لقيامها قبل الجحود، بالرد أو التلف ولقيامها بعد الجحود بالهلاك وسكت عن قيامها في هذه الحالة بالرد وتعرض لها صاحب الاستقصاء وقال: قلت: سمعت لأنها تشهد ببراءته من ضمانها بالراد فسمعت.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: العَاقِبَةُ الثَّانِيَةُ رَدُّ العَيْنِ عِنْدَ بَقَائِهِ وَهُوَ وَاجِبٌ مَهمَا طَلَبَ المَالِكُ، فَإِنْ أَخَّرَ بِغَيْرِ عُذْرٍ ضَمِنَ، وَإِنْ أَخَّرَ لاَسْتِتْمَامِ غَرَضِ نَفْسِهِ بِأَنْ كَانَ فِي حَمَّامٍ أَوْ عَلَىٰ طَعَامٍ، جَازَ بِشَرْطِ سَلاَمَةِ العَاقِبَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تكلَّمنا فيما إذا آل أَمْر الوديعةِ إِلَىٰ الهلاك في يَدِ المودَع، فأما إذا كانت باقيةً، فعلَىٰ المودَع الردُّ، إذا طَلَبَ المالكُ، وليس المرادُ أنَّه يجبُ علَيْه مباشرةُ الرَّدِّ، أو تحمُّل مؤنته، بلَ هِيَ على المالكِ، والذي يجب على المودَع رفْعُ اليدِ عنه، والتخليةُ بين المالك ومالِهِ، فإن أَخَّر من غيرُ عُذْر، دخلَتِ الوديعةُ في ضمانه، والتحق ذلك بما مَرَّ من أسباب التقصير، وإن كان هناك عذر لا يمكن قطْعُه أو بعَسُر بأن كان طالبه في جنح الليل، والوَدِيعةُ في خزانةٍ لا يتأتَّىٰ فتح بابها في الوقْتِ أو كان مشغولاً بصلاة، أو قضاء حاجة، أو طهَارَةٍ، أو في حمام، أو على طعام، فأَخَّرَ؛ حتَّىٰ يفرَغ، أو كان ملازماً لغريم يخافُ هربه أو كان يجيء المَطَر والوديعة في البيت، فأَخَّر؛ حتَّىٰ يقلع ويرجع إلى البَيْت، وما أَشبه ذلك، فهو جائزٌ، لا محالة، ثم المذكورُ في «التتمة»: أنه لا يضْمَن، لو تلفت الوديعةُ في تلك الحالة؛ لأنه لا يعدُّ مقصِّراً بهذا التأخِير، وهذا قضيةُ إيراد «التهذيب» ولفظ صاحب الكتاب في «الوسيط» يُشْعِر بتفصيلٍ، وهو أنه إن كان التأخيرُ لتعذُّر الوصولِ إلى الوديعةِ، فلا ضمانَ، وإن كان لعُسْرٍ يلحَقُه، وغرضٍ يفوته، فيضمن[(١)].

وقد ذكر القسم الثاني في الكتاب، فقال: «وإن أَخَّر؛ لاستتمام غَرَضِ نفسْهِ؛ بأن كان في حمامٍ أو على طعامٍ إلى آخره.

وقوله: «جاز، بشرط سلامة العاقبة» لفظٌ يكثر استعمالُهُ في مثل هذا المقام، وليس المراد منه اشتراطَ السلامةِ في نَفْس الجواز؛ حتَّىٰ إذا لم تَسْلِم الوديعةُ، يتبين عدم الجواز، وكيف والسلامة أو عدمها تتبين أجزاء، ونحن نجوز له التأخِير في الحال، ولكن المراد أَنَّا نجوِّز له التأخير، ونشترط عليه التزامَ خَطَر الضمان.

ولو قَالَ المودَعُ: لا أردُّ؛ حتَّىٰ يشهد المالك أَنَّه قبضَ، هَلْ له ذلك؟ فيه ثلاثةُ أوجهٍ، سبق ذكْرها في «الوكالة» ووجه رابعٌ، وهو أنه إنْ أشهد عليه المالك عنْد الإيداع، فله أَيضاً طلَبُ الإشهاد عند الرد؛ ليدفع التهمةَ عن نَفْسِهِ، وإلاَّ، فلا، ويشترط أَنْ يكونَ المردُودُ عليه أَهلاً للقَبْضِ، فلو حَجَر علَيْه بالسفه، أو كان نائماً، فوضعه في يده، لم يَجُزْ، ولو أَودع جماعةً مالاً وذكروا، أنه مشتركٌ بينهم، ثم جاء بعضُهُمْ يطلبه،

---

(١) قال النووي: الراجح أنه لا يضمن مطلقاً، وصرح به كثيرون.

لم يكن للمودَع القسمةُ، ولا تسليمُ الكلِّ، بل يرفع الأمر إلى الحاكم، ليقسِّمه، ويدفع إليه نصيبَهُ والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِنْ قَالَ: رُدَّ عَلَيَّ وَكِيلِي فَطَلَبَ الوَكِيلَ وَلَمْ يَرُدَّ ضَمِنَ، وَإِنْ لَمْ يَطْلُبْ وَلَكِنْ تَمَكَّنَ مِنَ الرَّدِّ وَلَمْ يَرُدَّ فَفِي الضَّمَانِ وَجْهَانِ جَارِيَانِ فِي كُلِّ أَمَانَةٍ شَرْعِيَّةٍ، كَالثَّوْبِ إِذَا طَيَّرَهُ الرِّيحُ إِلَىٰ دَارِهِ، وَمَهْمَا رَدَّ عَلَىٰ الوَكِيلِ وَلَمْ يَشْهَدْ فَأَنْكَرَ الوَكِيلُ لَمْ يَضْمَنْ بِهَذَا التَّقْصِيرَ عَلَىٰ أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ، بِخِلاَفِ الوَكِيلِ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ فَإِنَّهُ يُضْمَنِ بِتَرْكِ الإِشْهَادِ لأَنَّ حَقَّ الوَدِيعَةِ الإِخْفَاءُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا قال للمودَع: رُدَّ الوديعةَ علَىٰ وكيلي فلانٍ، فطلب الوكيلَ، ولم يردَّ، فهو كما لو طَلَبَ المالكَ، فلم يردَّ، لكنْ له التأخيرُ، ليشهد المدفوعُ إلَيْه على القبض؛ لأنه لو أنكر المدفوع إلَيْه، صُدِّق بيمينه، وإن لم يطلبِ الوكيلَ، فإن لم يتمكَّن من الرد، لم تَصِرْ مضمونةً علَيْه، وإن تمكن، فوجهان؛ لأنه لما أمره بالدَّفْعَ إلَىٰ وكيله، فكأنه عزله، فيَصِيرَ ما في يده كالأمانات الشرعية، مثْلُ الثوبِ تطيِّره الريح إلَىٰ داره، وفيها وجهان:

أَحدهما: أنه يمتد إلى المطالبة، كالوَدَائِعِ.

وأظهرهما: أنه ينتهي بالتمكُّنِ مِنَ الردِّ، قال القاضي ابن كج: ويجرِي الوجهانِ فيمَنْ وجَدَ ضالَّةً، وهو يعرِفُ مالكها. وذكر إمام الحَرَمَيْنِ في «الأساليب»: أنه لو قال: رُدَّ الوديعةَ علَىٰ من قدَرْتَ عليه من وكَلائِي، ولا تُؤَخِّر، فقدر على الردِّ علَىٰ بعضهم، وأخَّر ليرده على غيره، فهو ضامنٌ عاصٍ بالتأخير، وأنه لو لم يقل: ولا تُؤَخِّر يضمن بالتأخير، وفي العِصْيان وجْهان، وأنه لَو قال: رُدَّها علَىٰ من شِئْتَ منهم، فلم يردَّها على واحد ليرد على آخر لا يقضي وفي الضمان وجهان، وهل يجبُ عليه الإِشهادُ عند الإِيداع؟ فيه وجهان، وكذا لو دفع إليه مالاً؛ ابتداءً، وأمره بإيداعه أحَدِهما، يجبُ كما لو أمره بقَضَاءِ دَيْنِهِ، يلزمه الإِشهاد.

والثاني: لا يجبُ؛ لأنَّ الوديعة أمانةٌ، وقول المودع مقبولٌ في الردِّ والتلف، فلا يغني الإِشهاد[1]، ولأن الودائع حقُّها الإخفاءُ؛ بخلافِ قضاء الدين، وهذا أظهر عند صاحب الكتاب، وفي «التهذيب» أَنَّ الأَول أصحُّ، ويُحْكَىٰ عن أَبي إِسحاق، فإذا قلنا به، فالحُكْمُ علَىٰ ما بيناه في الوكالة، أنه إن دفع في غيبة المالك من غير إِشْهاد، ضمن، وإِن دُفِع، وهو حاضرٌ، لم يضمن، علَىٰ الأَصحِّ، وقوله في الكتاب «بخلاف

---

(١) لم يفصح بترجيح وفي الكفاية تصحيح عدم الوجوب.

الوكيل بقضاء الدَّيْن؛ فإنه يَضْمَنِ بِتَرْكِ الإِشْهَاد» غير مجرى علَىٰ إطلاقه، بلْ هو منزَّلٌ علىٰ ما ذكرناه.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَرْعَانِ: أَحَدُهُمَا لَوْ طَالَبَهُ بِالرَّدِّ فَأَدَّعَى التَّلَفَ، فَالقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ، إلاَّ أَنْ يَدَّعِيَ تَحْرِيقاً أَوْ غَارَةً فَإِنَّهُ لاَ يُصَدَّقُ إلاَّ بِبَيِّنَةٍ أَوِ اسْتِفَاضَةٍ، وَلَوِ ادَّعَىٰ الرَّدَّ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ، إلاَّ أَنْ يَدَّعِيَ الرَّدَّ عَلَىٰ غَيْرِ مَنْ ائْتَمَنَهُ كَدَعْوَىٰ الرَّدِّ عَلَىٰ وَارِثِ المَالِكِ، أَوْ دَعْوَىٰ وَارِثِ المُودِعِ عَلَىٰ المَالِكِ، أَوْ دَعْوَىٰ مَنْ طَيَّرَ الرِّيحُ الثَّوْبَ فِي دَارِهِ، أَوِ المُلْتَقِطِ، أَوْ دَعْوَىٰ المُودَعِ الرَّدَّ عَلَىٰ وَكِيلِ المَالِكِ فَإِنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَىٰ البَيِّنَةِ فِي كُلِّ ذَلِكَ؛ إِذْ لاَ يَجِبُ تَصْدِيقُهُ إلاَّ عَلَىٰ مَنِ اعْتَرَفَ بِأَمَانَتِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في الفَرْع مسألتان:

إحداهما: إذا طالبه المالكُ بالردِّ، فادعى التَّلَف، فإما أَن يذْكُر سبب التلَفِ، أَو لاَ يذْكُرَه؛ إِن ذكر سببه، نظر: إن كان سبباً خفيّاً؛ كالسرقة قبل قوله مع يمينه؛ لأَنه قد ائتمنه فليصدِّقْه، وإن كان سبباً ظاهراً؛ كالحريق، والغارة، والسيل، [بتلك البقعة لم يقبل قوله، بل يطالب، بالبينة على ما يدَّعيه][1]، فإن لم يعرف ما يدَّعيه ثم يقبل قوله مع يمينه في حصول الهَلاَكِ به، وإن عرف ما يَدَّعِيه بالمشاهدة، أَو الاستفاضة، فإن عرف عمومه، صُدِّق بلا يمين، وإن لم يعرف عمومُهُ، واحتمل أَنه لم يصب الوديعةَ، صُدِّق باليمين، وإن لم يَذْكُر سبب التلف، صُدِّق بيمينه، ولا يكلَّف بيان سبب التلف، وإن نَكَل المودَعُ عن اليمين، حَلَف المالكُ على نَفْيِ العِلْم بالتلف، واستحَقَّ، وعَدَّ في «التتمة» موت الحيوانِ من الأسباب الظاهرة، وكذلك الغَصْب، وفي «التهذيب» إلحاقُ الغَصْب بالسَّرقة، وهو الأقرب.

الثانية: ادعَىٰ [أنه] ردَّ الوديعةِ، فإما أن يدَّعِيَ ردَّها على [من ائتمنه، أو علَىٰ غيره؛ إن ادعَىٰ ردَّها][2] علَىٰ الذي ائتمنه، وهو المالكُ، صدِّق[3] بيمينه، كما ذكرنا في التلف، فلو ماتَ قَبْل أَنْ يحلفَ نَابَ عنه وارثُهُ، وانقطعت المطالبةُ لِحَلفِهِ، وعن مالك ـ رحمه الله ـ أنه: إنْ لم يشهد عليه بالإيداع، صُدِّق في دَعْوَى الرد، وإن أشهد

---

(١) سقط في: ز، أ. (٢) سقط في: ز.

(٣) وكذا يصدق في الرد على الولي والوصي وقيم الحاكم والحاكم. قال الشيخ جلال الدين البلقيني: قد توهم أنه لو ادعى التخلية أنه لا يقبل، وليس كذلك بل دعواه التخلية مقبولة فلو قال خليت بينها وبين المالك فأخذها فإنه يقبل قوله، ولا فرق بين أن يقول رددتها على المالك بنفسي أو بوكيلي ووصلت إليه أو خليت بينها وبين المالك فأخذها الكل سواء في قبول قوله.

عليه لم يُصَدَّق، وإن ادَّعى الردَّ علَىٰ غير من ائتمنه، فيطالب بالبينةِ؛ قياساً؛ فإنَّ الأَصْلَ عدمُ الرد، [وإنْ أشهد علَيْه، لم يصدَّق، وإنِ ادَّعى الردَّ علَىٰ غيره](١) وهو لم يأتمنه، فلا يكلَّف تصديقه، وتفصيلُ ذلك بصورٍ:

منها: إذا مات المالكُ، فعلى المودَعِ الردُّ عَلَىٰ ورثته؛ حتَّىٰ لو تلف في يده بَعْد التمكن من الردِّ فأصحُّ الوجهين أنه يضمن، فإن لم يجدِ الورثةَ، دفَعَها إلى الحاكم، وفي «العُدَّة» تقييدُ هذا الجواب بما إذا لم يَعْلَم الورثةُ بالوديعةِ، أما إذا علموا، فَلاَ يجبُ الرد، إلاَّ بعد طلبهم، ولو طالبه الوارث، فقَال: ردَدتُّه على المالِكِ، أَو تلف في يدي في حياته، صُدِّق بيمينه، وإن قال: رددتُّه عليك، وأنكر، فالمصدَّق عليه الوارثُ، وإن قال: تلف في يدي قَبْل تمكُّني من الردِّ، فالمُصَدَّق الوارث كما في دعوى الردِّ، أم المودَعُ لأن الأصل براءة ذمَّتِهِ، فيه وجهان(٢).

ومنْهَا: إذا مات المودَع، فعلى وارِثِه ردُّ الوديعة، فلو تلفت في يده بَعْد التمكُّن من الردِّ، ضمن في أَصحِّ الوجهين(٣)، وإذا كان المالكُ غائباً، سلَّمها إلى الحاكِمِ، فإن تنازعا، فقال وارثُ المودَع: رَدَّ عليكَ مورثي لو تلفت في يده، ففي «التتمةَ»: أَنه يطالب بالبينة؛ لأَنَّ المالكَ لَم يأْتمنه؛ حتَّىٰ يصدقه، وفي «التهذيب»: أَنه يصدَّق بيمينه، وهو الوجه؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ حصولها في يده، ولو قال: أَنا رددتُّها عليك، وأَنكر المالكُ، فالمصدَّق المالكُ، ولو قال: تلف في يدي قَبْل التمكُّن، فعلَىٰ الوجهين.

ومنْها: لو قال مَنْ طَيَّر الريحُ الثَّوْبَ في داره: «رددتُّ على المالك» أَو ادعاه الملتقطُ، لم يُصَدَّقَا إلا بالبينة.

ومنْهَا: إذا قال المودَعُ للمالك: أَودعتُهَا عنْد وكيلِكَ فلانٍ بأمرك، فللمالك أحوال: **إحداها**: أن يُنْكَر الإِذن الوكالة(٤) فيصدَّقَ بيمينه، فإذا حَلَف، نُظِر: إن كان فلانٌ مقرّاً بالقَبْض والوديعةُ باقيةٌ، فتردَ على المالك، فإن غَابَ المدْفُوعِ إِلَيْه، فللمالك

---

(١) سقط في: ز.

(٢) قال النووي: ينبغي أن يكون الثاني أصح.

(٣) فيه أمران:

أحدهما: يقتضي في مقابله لا ضمان أصلاً، وفي أدب القضاء للدبيلي فإن لم يسلمها الورثة إلى الموصى إليه حتى بلغت فيجعل وجهين: أحدهما: يضمن الورثة في مالهم؛ لأنه ضارب لهم عليها يد والثاني يضمن في مال الميت.

والثاني: قال الإمام بعين قول الأصحاب إن تلفت قبل الإمكان ولم يضمن أو بعد الإمكان ضمن المراد أن يتمكن من الأعلم، فلم يعلم ولم يردوا أن الوارث يلزمه تعاطي الرد بنفسه حتى إن كان للرد مؤنة فيلزمه هذا ما لا قائل به.

(٤) سقط في: ز.

تغريمُ المودَعِ، فإذا قدم، أخذها وردَّها على المالك، واستردَّ البدل، ذكره الشيخ أبو حامد وغيره، وإن كانت تالفةً، فللمالك تغريمُ من شاء منهُما، وليس لِمَنْ غرم منهما أن يَرْجِعَ علَىٰ صاحبه؛ لزَعْمِهِ أن المالك ظالمٌ بما أخذ، وإن كان فلانٌ منكراً، فهو مصدَّق بيمينه، ويختصُّ الغرم بالمودع.

الثانية: أن يعترفَ بالإذْن، وينكر الدَّفع، ففيه وجه أنه يصدَّق المودع، ويجعل دعوى الردِّ على وكيل المالِكِ؛ كدعْوَى الردِّ على المالك، ويحكَىٰ هذا عن أبي حنيفة، والأصحُّ تصديق المالِكِ؛ لِأَنَّ المودَعَ يَدَّعي الردَّ علَىٰ من لم يأتمنه، ولو وافق فلانٌ المودَعَ، وقال: إنها تَلِفَتْ في يدي، لم يُقْبَلْ قوله على المالِكِ، بل يحلف المالك، ويَضْمَنُ المودع.

الثالثة: أنْ يعترف بالإذْن والدفع معاً، لكنه يقول: إنك لم تَشْهَد عليه، والمدفوع إليه منكر، فيبني على الخلافِ الذي مَرَّ في وجوب الإشْهَاد على الإيدَاع إن أوجبنا، فالحكْمُ ما سَبَقَ في الوكالة في نَظِيرِ هذه الصورة، إذا قال: اقْضِ دَيْنِي، وإن لم نوصه، لم يكن له تغريمُه، ولو توافقوا جميعاً على الدَّفع إلى الأمين الثاني، وادعى الثاني: أنه ردَّ على المالك أو تَلِفَ في يده، صدق بيمينه، وهذا إذا عَيَّنَ المالك الثاني، فأما إذا أمره بأنْ يودع أميناً، ولم يعيِّن، فادعى الثانِي التلَف، صُدِّق، وإن ادعَىٰ الرَّدَّ على المالك، وأنكر المالك، فهُوَ المصدَّق؛ لأنه يدَّعِي الردَّ على غير من ائتمنه، هكذا ذكروه، ولو قيل: أمينُ أمينِهِ أمينُهُ، كما تقول على رأي وَكِيلُ وكيله وكيلُهُ، لم يَبْعُدْ[1].

ومنْها: إذا أراد المودَعُ سفراً، فأودعها أميناً، فادعَىٰ ذلك الأمينُ التلَفَ، صُدِّق، وإن ادعى الردَّ على المالك، لم يصدَّق لأنه لم يأتمنه، وإن ادعى الردَّ على الأول، صدِّق؛ لأنه ائتمنه، كذلك ذكره المتولِّي، وصاحب الكتاب في «الوسيط» وهذا ذهابٌ إلَىٰ أن الأَول، إذا عاد من السَّفَر، له أن يستردَّها، وبه أجاب العبَّادِيُّ وغيره، لكنْ حكَىٰ عن كلام الإمامِ أن الأَليَقَ بمَذْهَب الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ منْعُه من الاستردادِ بخلاَفِ المودَعِ؛ يستَردُّ من الغاصب في وجْه؛ لأنه من الحفظ المأمورِ به، ولو كان المالكُ قد عَيَّنَ أميناً، فقال: إذا سافَرْتَ، فاجعلها عندَ فلانٍ، فَفَعَلَ، فالجوابُ على العَكْسِ، إن ادَّعَىٰ الردَّ على المالك، صُدِّق، وإن ادَّعى الردَّ على الأول، لم يصدَّق.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِي: ٱدَّعَىٰ رَجُلاَنِ وَدِيعَةً عَلَيْهِ فَقَالَ: هُوَ لِأَحَدِهِمَا وَقَدْ نَسِيتُ عَيْنَهُ، فَإِنْ صَدَّقَاهُ فِي النِّسْيَانِ فُصِلَتِ الخُصُومَةُ بَيْنَهُمَا بِطَرِيقِهَا وَجَعلَ المَالُ فِي أَيْدِيهِمَا،

---

(١) قال النووي: بل هو بعير والفرق ظاهر. والله أعلم.

وَإِنِ ادَّعَيا العِلْمِ عَلَىٰ المُودَعِ فَيَحْلِفُ لَهُمَا يَمِيناً وَاحِدَةً عَلَىٰ نَفْيِ العِلْمِ، فَإِنْ نَكَلَ وَحَلَفَا عَلَىٰ عِلْمِهِ ضَمِنَ القِيمَةَ وَجُعِلَتِ القِيمَةُ وَالعَيْنِ فِي أَيْدِيهِمَا، وَإِنْ سَلَّمَ العَيْنَ بِحُجَّةٍ لِأَحَدِهِمَا رَدَّ نِصْفَ القِيمَةِ إِلَىٰ المُودَعِ، وَلَمْ يَجِبْ عَلَىٰ الثَّانِي الرَّدُّ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّهَا بِيَمِينِهِ وَلَمْ يَعُدْ عَلَيْهِ المُبْدَلُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مالٌ في يد رجلٍ، جاء اثنانِ، وادَّعَىٰ كلُّ واحدٍ منهما أنه له، أودَعَه إياه، فالجواب يفرضَ عَلَىٰ وجوه:

أحدها: إن أكذبهما، وقال: المالُ لِي، حَلَف لكلِّ واحدٍ منهما أنَّه لا يلزمه تسليمُهُ إِلَيْه.

والثاني: إذا أَقَرَّ بِهِ لأحدهما بعَيْنه، دفع إِلَيْه، وهل للآخر تحليفُهُ، يبنَىٰ عَلَىٰ أنه إذا أَقرَّ بمالٍ لزيد، ثم أَقرَّ به لعمرٍو، هل يغرَّم لعمرو، إنْ قلنا: لا، فلا، وإنْ قلنا: نعم، عرضت اليمين علَيْه، فإن حلف، سقَطَتْ عنه دَعْوى الآخر، وإن نكل حلف الآخر، ثم يوقف المالُ بينهما إِلَىٰ أن يصطَلِحَا، أَو يقسم بيْنَهُما، كما لو أقر لَهُمَا أَو يغرم المدَّعى علَيْه القيمة له، فيه ثلاثة أوجهٍ عن ابنِ سُرَيْجٍ، قال ابن الصبَّاغ: والمذهبُ الثالثُ[1]، وهذا الخلافُ ناظرٌ إِلَىٰ أن اليمينَ بعد نكولِ المدَّعَىٰ عليه كإقرار المدعى عليه أو كالبينة من جهة المدعي، وعبر في «التهذيب» عن الغرض بعبَارَةٍ أُخرى، فقال: إذا أقرَّ لأحدهما، هل للآخر دعْوَى القيمة يبنَىٰ على الخلاف في الغرم، لو أقر للثاني، إن قلنا يغرَّم، فنعم، وإن قلْنا لا، فيبنَىٰ على أنَّ اليمين بعد النكُول كالإقرار، أو كالبينة، إن قلنا: كالإقرار، لم يَدَّعِ القيمة، وإن قلنا: كالبينة، فله دعْوَاها، فإن حلَف، بَرِيءَ، وإن نكل، حَلَف المدعي، وأَخَذَها، ولا تنتزع العَيْنُ من الأوَّل؛ لأنَّها، وإن كانت كالبَيِّنة، فليست كالبينة في حقِّ غير المتداعيَيْنِ.

والثالثُ: إذا قال: هُوَ لَكُمَا، فهو كمالٌ في يد شخصين يتداعَيَانِهِ، فإنْ حلف أَحدُهُما، قضَىٰ له، ولا خصومة للآخَرِ مع المودَعِ لنكوله، وإن نَكَلاَ، جعل بينهما، وكذا لو حَلَف، وحكم كلُّ واحدٍ منهما في النصْفِ الآخر كالحُكْم في الكلِّ في حقِّ غير المُقَرِّ له، وقد بيناه.

---

(١) ما نقله عن ترجيح ابن الصباغ تابعه الشاشي في الحلية وصاحب الانتصار والذخائر والاستقصاء فقالوا: أصح الأوجه أنها تقر في يد الأول ويغرم للثاني قيمتها وما ذكره من التخريج مخالف لكلام جمع من العراقيين منهم البندنيجي وسليم الرازي حيث قالوا: إن الأوجه مفرعة على أنه بمنزلة الإقرار وأما إن قلنا كالبينة لزمه أن يبطل إقراره للأول ويحكم بها للثاني. (قاله ابن الرفعة).

والرابع: وهو المذكورُ في الكتاب: إذا قَالَ: هو لأحدكما، وقد نَسِيتَ عَيْنه، فإن ضمنا المودَعُ بالنسيان، [فهو ضامنٌ، وقد قصر الكلامَ، وإن لم يضمنه بالنِّسيان، طال التفريع، فيُنْظر: إن صدَّقاه في النسيان، فلا خصومةَ لهما معه، وإنما الخصُومَةُ بينهما، فإن اصطلحا عَلَىٰ شيْءٍ فذاك، وإلاَّ فيُجْعَل المالُ، كأنه في أَيديهما يتداعَيَانِهِ؛ لأَن صاحب اليَدِ يقُولُ: إن اليد لأحدِهِمَا، وليس أَحدهما بأوْلى من الآخر، وفي «الوسيط» وجه آخرُ عن المحامِلِيِّ: أنه كَمَالٍ في يدِ ثالثٍ يتداعَاهُ اثنان؛ لأنه لم يثبُتْ لأَحدهما يدٌ عليه، فعلَى الأَوَّل، لو أَقام كلُّ واحد منهما بيِّنة، أَو حَلَفَا، أَو نَكَلاَ، فهو بينهما، وإن أَقام أحدُهما البينة، أو حَلَف، ونكَلَ صاحبُه، قُضِيَ له، وعلى الثاني: لو أَقام كلُّ واحدٍ منهما بينةً، فهو على الخلاف في تعارُضِ البينتين، وإن نكلا أَو حَلَف، وُقِفَ المالُ بينهما، وسواءٌ قلنا بالوجْهِ الأولِ، أو الثانِي، فيترك المالُ في يد المدَّعَىٰ عليه إِلَىٰ أن تنفصل الخصومة بينهما أو ينتزع منه، فيه قولان:

أحدهما: يترك؛ لأنه لا بد من وَضْعِهِ عند أَمينٍ، وهو أَمينٌ، لم يظْهر منه خيانةٌ.

والثاني: وهو الذي أَورده صاحبُ «التهذيب» وغيره: أَنه ينتزعُ، لأَن مطالبتها بالردِّ يتضمَّن عزله، قال في «التتمة»: والقولان فيما إذا طَلَب أَحدُهما الانتزاعَ، والآخر التركَ عنده، أَمَا إذا اتفقا على أحدِ الأمرَيْنِ، فيتبع الحاكم رأيهما، ويمكن أَن يكون هذا مبنيّاً على أنَّه يجعل المال، كأنه في يدهما، وإلا فيتبع الحاكم رأيه، هذا إذا صدَّقاه في النِّسْيان، وإن كذَّباه، وادعَىٰ كلُّ واحدٍ علمه بأَنه المالكُ، فالقولُ قول المودَعِ مع يمينه، ويكفيه يمينٌ واحدةٌ علَىٰ نفي العلْمِ؛ لأَن المدَّعَىٰ شيءٌ واحدٌ، وهو علمه، عند أَبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أنه يحلفُ لكلِّ واحدٍ منهما يميناً، وهلْ للحاكم تحليفُهُ على نفي العلم، إذا لم يدعه الخصمانِ، وذكروا فيه[1] وجهَيْنِ، ثم إذا حلف المدَّعَىٰ عليه، فالحكمُ كما لو صدَّقاه في النسيان، وذكر بعضهم: أنه ينتزع المالُ من يده ها هنا، وإن لم ينتزَعْ هناك؛ لأَنه خائنٌ عندَهما بدعْوَى النسيان، وإن نَكَلَ، فتردُّ اليمينُ عليهما، فإن نَكَلاَ، فالمالُ مقسومٌ بينهما، أَو موقوفٌ حتَّى يصطلحا علَىٰ ما تقدَّم، وإن حلف أَحدهما، دون الآخر، قُضِيَ للحالف، وإن حلفا، فقولان، ويقال وجهان:

أَحدهما: أنه يوقَفُ بينهما؛ حتَّىٰ يصطلحا؛ لأنهما يمضيانِ تَعَذَّر الجَمْعُ بينهما.

وأَصحُّهما: أَنه يقسم لأَنَّه في أَيديهما، وعلَىٰ هذا، فيغرَّم القيمة، ويقَسَّم بينهما أَيضاً؛ لأَن كلَّ واحد منهما أَثبت بيمينِ الردِّ جميع العَيْن، ولم يحْصُل له إِلاَّ نصفها،

---

(١) لم يرجع شيئاً، وقد حكاها الإمام عن صاحب التقريب وأنه قال: أصحهما لا يحلفه لأنه حقهما وهما لم يطلباه.

هذا أَشْهَرُ ما قيل فيما إذا نَكَلَ المودَعُ، وأَظْهَر، وفيه وجه أنَّه لا يغرَّم القيمةَ مع العَيْن، إذا حلفا، وفي «أمالي» الشيخ أَبي الفَرَج وجهٌ أنه إذا نَكَلَ لا تُرَدُّ اليمينُ عليهما، بل يوقَفُ، بناءً علَىٰ أنهما لو حَلَفا يوقَفُ المال بَيْنَهُما، فلا معنَىٰ بعرض اليمينِ، وذكر وجهين؛ تفريعاً على ردِّ اليمين: أنه يقْرَعُ بينهما أو يبدأ الحاكم بمن رأىٰ منهما، وقال: الأَصحُّ الثاني، وإذا حلفا، وقَسَّمنا بينهما العَيْنَ والقيمةَ، فإن لم ينازع أحدهما الآخر، فلا كَلاَمَ، وإن نازعه، وأقام البينة علَىٰ أنَّ جميع العَيْن له، سلَّمناها إليه، ورددْنَا القيمة على المودَعِ، وإن لم تكن بينة، ونكل صاحبُهُ عن اليمين، فحلف، واستحقَّ العيْن، فيردّ نصفَ القيمة الذي أخذه، لأنَّه عاد إلَيْهِ المبدل والناكل، لا يردُّ ما أخذ؛ لأنه استحقَّه بيمينه على المودَع، ولم يعد إليه المبدل، ونكوله كانَ مع صاحِبِهِ لا مَعَ المودع، هكذا فرق صاحب «التتمة» بين أن تسلم العينُ لأحدهما بالبينة، وبين أن تُسلَّم باليمين المردودةِ، وكذلك الجواب في بَعْض نسخ «التهذيب» وقضية قوله في الكتاب، «وإن سلمت العين بحُجَّة لأحدهما. . .» إلَىٰ آخره ألاَّ يرد الثاني ما أَخَذَهُ، سواءٌ سلمت العين بالبَيِّنة أو باليمينِ، وقد صرَّح في «الوسيط» بذلك، فيجوز أن يعلم قولَهُ ولم يجبْ على الثاني الردُّ بالواو؛ للنزاع فيما إذا سلمت بالبينة، وليعلم قولُه: «وجعل المال كأنَّه في أيديهما» بالواو، وقوله: «يميناً واحداً» بالحاء، وقوله: «وحلفا علَىٰ علمه» بالواو، وكذا قوله: «ضمن القيمة» لما قدَّمنا.

فَرْعٌ: ادَّعى اثنان غصْبَ مالٍ في يده، كُلُّ واحدٍ منهما يقُولُ: غَصَبْتَهُ مني، فقال: غصبته من أحدكما، لا أعرفه بعينه، فعليه أَن يَحْلِفَ لكلِّ واحدٍ منهما على البَتِّ أنه لم يغْصبْ، فإذا حَلَفَ لأحدهما تعين المغصوب للثاني، فلا يَحْلِفُ له.

والخامس: إذا قال في الجواب: هو وديعةٌ عندي، ولا أدرِي، أهو لكما، أو لأحدكما، أو لغيركما، وادعيا عليه العلْمَ، على نَفْيِ العلْمِ يترك في يده إلَىٰ أَنْ تقوم بيِّنة، وليس لأحدهما تحليفُ الآخر؛ لأنه لم يثبت لواحدٍ منهما فيه يدٌ، ولا استحقاقٌ بخلافِ الصورةِ الأولَىٰ، والله أعلم. ونختم الكتابَ بفروعٍ منثورةٍ:

إذا تعدَّى في الوديعةِ، ثم بقيتْ في يده مدةً، لزمَهُ أجرةُ مثلها، وفي «فتاوى» القَفَّال: أنه لو دَخَل خاناً، فترك حماره في صَحْن الخان، فقال للخانِيِّ: احفظه كَيْلا يخرج، فكان الخانِيُّ ينظر إليه، فخَرَجَ في بعض غَفَلاَته، فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يقصر في الحفْظِ المعتادِ، وأَنَّ المودَعَ إذا وقع في خزانته حريقٌ، فبادَرَ إلَىٰ نقل الأمتعة، وقدم أمتعته على الوديعة، واحترقَت الوديعةُ، لم يضمن، كما لو لم يكُنْ فيها إلا ودائعُ، فأخذ في نقلها، فاحترقَ ما تأخَّر نقله، وأنه لو ادعَىٰ ابنُ المالِكِ موْتَ أبيه، وعلم المودَعُ بذلك، وطلب الوديعةَ، فله تحليفُ المودَعِ علَىٰ نفي العلْمِ، فإن نَكَلَ،

حلفَ المدَّعي، وأَنه إِذا ماتَ المَالِكُ، وطلب الوارثُ الوديعةَ، فامتنع المودَعُ، ليفحص هَلْ في التركة وصيَّة، فهو متعدٍّ ضامنٌ، وأنَّ من وجد لُقَطَةً، وعرف مالكها، فلم يخبره؛ حتى تلفت، ضمن، وكذا قيم الصبيِّ والمسجد، وإِذا كان في يده مالٌ، فعزل نفسه، ولم يخبر الحاكمَ، حتَّى تلف في يده المال ضمن، وهذا كما قدمنا أَنَّه يجبُ الردُّ عند التمكُّن، أو هو هُوَ، وأنَّ من صُوَر تعدِّي الأمناء ألا يبيع قيم الصبيِّ أوراقَ فرصادة؛ حتَّىٰ يمضي وقتُهَا، فيلزمه الضمانُ، وليس من التعدِّي أن يؤخِّر البيع؛ لتوقع زيادة، فينفق رخص، وكذا قيم المسجد في أشجاره، وهذا أشبه بتعريض الثوب الذي يُفْسِده الدود للرِّيح.

وفي «الزياداتِ» للعبَّادِيِّ: لو بعث رسولاً إِلَىٰ حانوته، ودفع خاتمه إِليه علامةً، وقال: رُدَّهُ عَليَّ، إِذا قبضت المأمور بقبضه، فَقَبَضَهُ، ولم يردَّ الخاتم، ووضعه في حرزه، فلا ضمان، كأن المعنى فيه: أنه ليس عليه الردُّ، ولا مؤنته، وإِنما عليه التخلية.

وعن «فتاوى» القاضي الحسين: أَن الثيابَ في مسلخ الحمام، إِذا سُرِقَتْ، والحمَّامِيُّ جالسٌ في مكانه، مستيقظ، فلا ضَمَان عليه، وإِن نام أَو قام من مكانه، ولا نائب هناك، ضَمِنَ، وفي قوله: «ولا نائب هناك» بحث من جهة أن المُودَع لا يُودِعُ غيره، ويجبُ على الحَمَّاميِّ الحفْظُ، إِذا استحفظ، وإن لم يستحفظ، حكى القاضي عن الأصحاب ـ رحمهم الله ـ أنه [لا يجب عليه لحفْظُ قال: وعنْدِي يجبُ للعَادَةِ، وعنْ بَعْضهمْ أَنَّه][1] لو أَودَعَ إِنساناً قُبَالَةَ[2] وقال: لا تردَّها إِلى زيدٍ؛ حتَّىٰ يدفع ديناراً، فردَّها قبله فعليه قيمة القُبَالة مكتوبة الكاغد وأجره الوراق[3].

---

(١) تقبلت العمل من صاحبه إذا التزمته بعقد. والقبالة بالفتح اسم المكتوب من ذلك لما يلتزمه الإنسان من عمل ودين وغير ذلك. قال الزمخشري: كل من تقبل بشيء مقاطعة وكتب عليه بذلك كتاباً. فالكتاب الذي يكتب هو القبالة بالفتح والعمل قبالة بالكسر لأنه صناعة. (المصباح المنير ٢/ ٦٧٠).

(٢) قال النووي: ومن مسائل الباب قال أصحابنا: لو أكرهه على قبول وديعة وحفظها، فأخذها، لم تكن مضمونة عليه كما لو قبضها مختاراً وأولى. ولو تعين عليه قبول وديعة، فلم يقبلها، وتلفت، فهو عاصٍ، ولا ضمان، لأنه لم يلتزم الحفظ.

(٣) سقط في: ز.

كِتَابُ قَسْمِ الفَيْءِ وَالغَنَائِمِ، وَفِيهِ بَابَانِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: البَابُ الأَوَّلُ فِي الفَيْءِ وَهُوَ كُلُّ مَالٍ فَاءَ إِلَى المُسْلِمِينَ مِنَ الكُفَّارِ بِغَيْرِ إِيجافِ خَيْلٍ وَرِكَابٍ كَمَا إِذَا انْجَلَوا عَنْهُ خَوْفاً، أَوْ بَذَلُوهُ لِنَكُفَّ عَنْ قِتَالِهِمْ فَهُوَ مُخَمَّسٌ، وَكَذَا مَا أُخِذَ بِغَيْرِ تَخْوِيفٍ؛ كَالجِزْيَةِ وَالخَرَاجِ، والعُشْرِ، وَمَالِ المُرْتَدِّ، وَمَالِ مَنْ مَاتَ، وَلاَ وَارِثَ لَهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المال[1] المأخوذُ من الكفَّار ينقسمُ إِلَىٰ ما يحصُلُ من غير قتالٍ، وإِيجافِ خيلٍ، وركابٍ، وإِلى ما يحصُلُ بذلك: ويسمَّى الأول فيئاً؛ لرجوعه[2] من الكفار إِلى المُسْلِمين؛ يقال فَاءَ أيْ؛ رَجَعَ الثاني ويسمَّى غَنيمة[3]؛ لأنه فضْلٌ وفائدةٌ

---

(١) تعبير الشيخ بالمال يخرج النجاسات المنتفع بها مع أن لها حكم الفيء، ويدخل في عبارته المأخوذ على وجه السرقة وهو غنيمة على الصحيح، وكذا ما أهدوه والحرب قائمة على النص، والواو في كلام الشيخ بمعنى أو لأن أحدهما كاف، ولا يشترط اجتماعهما.
ومراد الشيخ ما حصل للمسلمين، أما ما حصل لأهل الذمة من أهل الحرب بقتال، فإنه ليس بغنيمة على النص ولا يخمس؛ لأن الخمس حق على المسلمين كالزكاة، ومراده أيضاً بالكفار أهل الحرب بقرينة القتال.

(٢) الفيء في اللغة: مصدر فاء يفيء إذا رجع، وشرعاً: ما وصل إلى المسلمين من أموال الكفار من غير إيجافِ خيل ولا ركاب كالجزية، وعشر التجارة، والخراج، وما جلوا عنه خوفاً، ومال مرتد مات على ردته، وذمي مات بلا وارث جائز، وبهذا فارق الفيء الغنيمة.

(٣) الغنيمة في اللغة ما ينال الرجل أو الجماعة بسعي، ومن ذلك قول الشاعر:

وقد طوّفت في الآفاق حتى ... رضيت من الغنيمة بالأياب

وتطلق الغنيمة على الفوز بالشيء بلا مشقة، ومن قولهم للشيء يحصل عليه الإنسان عفواً بلا مشقة «غنيمة باردة» خصت في عرف الشرع بمال الكفار يظفر به المسلمون على وجه القهر والغلبة، وهو تخصيص من الشرع لا تقتضيه اللغة. وقد سمّى الشرع المال الواصل من الكفار إلى المسلمين في حال الحرب باسمين. غنيمة وفيء وقد اختلف العلماء فيما هي الغنيمة والفيء - فقال بعضهم: الغنيمة ما أخذ عنوة من الكفار في الحرب، والفيء ما أخذ عن صلح. وقهو قول الشافعي: وقال بعضهم: الغنيمة ما أخذ من مال منقول، والفيء الأرضون قاله مجاهد، =

مخْضَةٌ ثم ذكر المسعوديُّ وطائفةٌ: أَن اسم كلِّ واحدٍ من المالَيْنِ يقع على الآخر، إذا أُفرد بالذِّكر، فإذا جمع بينهما، افترقا؛ كاسمَيْ الفَقِيرِ والمِسْكِين.

وقال الشيخُ أَبو حاتم القزوينيُّ وغيره: اسمُ الفَيْءِ يشملُ المالَيْن، واسمُ الغنيمةِ لا يتناوَلُ الأَوَّلَ، وفي لفظ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ في «المختصر» ما يُشْعِر به، وبيانُ قسمةِ المالَيْنِ تقع في بابين:

أَحدهما: في الفيء، والأَصْلُ فيه قولُهُ تعالى: ﴿**ما أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ**﴾ [**الحشر ـ ٧**] فمنه ما جلى عنه الكفار خَوْفاً من المسلمين، إذا سمعوا خَبَرَهُمْ، وما جلوا عنه؛ لضُرٍّ أَصابهم، وجزية أَهل الذِّمَّة، وما صولِحَ عليه أَهْلُ بلدٍ منهم،

= وقال آخرون: الغنيمة والفيء بمعنى واحد.

فالغنيمة: اسم لما أخذه المسلمون من الكفار، بإيجاف الخيل أو الركاب فما أخذه المسلمون من أهل الذمة أو من الكفار بغير إيجاف خيل ولا ركاب، وما أخذه الذميون من أهل الحرب لا يسمى غنيمة ولا تجرى عليه أحكامها.

قد صح أن الغنيمة كانت محرمة في الشرائع السابقة، وإنما أُبيحت لأمة محمّد ﷺ خاصّة، قال تعالى في سورة الأنفال: ﴿**فَكُلُوا مِمَّا غَنِمْتُمْ حَلالاً طَيِّباً**﴾ ضمن ما فضل الله به الرسول عليه الصلاة والسلام، وذلك في الحديث الذي رواه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه، وهو أن رسول الله ﷺ قال: «فُضِّلْتُ عَلَىٰ الأَنْبِيَاءِ بِسَتٍّ: أُعْطِيتُ جَوَامِعَ الْكَلِمِ، وَنُصِرتُ بِالرُّعْبِ، وَأُحِلَّتْ لِي الْغَنَائِم، وَجُعِلَتْ لِيَ الأَرْضُ طهوراً وَمَسْجِداً، وَأُرْسِلْتُ إِلَىٰ الْخَلْقِ كَافَّةً، وَخُتِمَ بِي النَّبِيُّونَ» ـ وروى البخاري عن همّام بن منبه عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «غَزَا نَبِيٌّ مِنَ الأَنْبِيَاءِ فَقَالَ لِقَوْمِهِ: لاَ يَتْبَعَنِي رَجُلٌ مَلَكَ بِضْعَ امْرَأَةٍ، وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يَبْنِيَ بِهَا وَلَمَّا يَبْنِ بِهَا، وَلاَ أَحَدٌ بَنَى بُيُوتاً، وَلَمْ يَرْفَعْ سُقُوفَهَا، وَلاَ أَحدٌ اشْتَرَىٰ غَنَماً أَوْ خَلِفَاتٍ، وَهُوَ يَنْظُرُ وِلاَدَهَا، فَغَزَا فَدَنَا مِنَ الْقَرْيَةِ صَلاَةَ الْعَصْرِ أَوْ قَرِيباً مِنْ ذَلِكَ فَقَالَ لِلشمْسِ إِنَّكِ مَأْمُورَةٌ وَأَنَا مَأْمُورٌ، اللَّهُمَّ احْبِسْهَا عَلَيْنَا فَحُبِسَتْ حَتَّى فَتَحَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ، فَجَمَعَ الْغَنَائِمَ فَجَاءَتْ ـ تَعْنِي النَّارَ ـ لِتَأْكُلَهَا فَلَمْ تُطْعَمْهَا فَقَالَ: إِنَّ فِيكُمْ غُلُولاً، فَلْيُبَايِعْنِي مِنْ كُلِّ قَبِيلَةٍ رَجُلٌ فَلَزِقَتْ يَدُ رَجُلٍ بِيَدِهِ فَقَالَ: فِيكُمُ الْغُلُولُ فَلْيُبَايِعْنِي قَبِيلَتُكَ فَلَزِقَتْ يَدُ رَجُلَيْنِ أَوْ ثَلاَثَةٍ بِيَدِهِ فَقَالَ: فِيكُمُ الْغُلُولُ فَجَاؤُوا بِرَأْسٍ مِثْلِ رَأْسِ بَقَرَةٍ مِنَ الذَّهَبِ، فوضعوها فَجَاءَتِ النَّارُ فَأَكَلَتْهَا، ثُمَّ أَحَلَّ اللَّهُ لَنَا الْغَنَائِمَ، ثُمَّ رَأَىٰ ضَعْفَنَا وَعَجْزَنَا فَأَحَلَّهَا لَنَا».

وبهذه الآية والأحاديث أخذَتِ الغنائم في الإسلام حكم الحلّ، ونزل فيها قوله تعالى: ﴿**وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِن شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ**﴾ الآية ـ بياناً لطريق قسمتها.

والحكمة في حِلِّ الغنائم أن المجاهدين لما خرجوا عن أموالهم وأولادهم، وتركوا الاشتغال بأمور معاشهم رغبة في الجهاد في سبيل الله، ونشر دينه وإعلاء كلمته، وعرضوا أنفسهم لركوب الأخطار واستقبال الموت من أبوابه المختلفة، تفضل الله عليهم بإباحة الغنائم لهم تقوية لعزائمهم وَحَفزاً لهممهم وتنشيطاً لهم على الجهاد، وكسراً لشوكة الكفار وإذلالاً لهم بقتلهم، وأسرهم، وسلب ما يتمتعون به من نعم الله التي أغدقها عليهم، ولم يقوموا بشكرها، وإيذاناً بأنهم ليسوا أهلاً لها، لعنادهم واستكبارهم عن عبادته.

وعشور تجاراتهم المشروطة عليهم، إذا دخلوا دار الإِسْلاَم، ومال من مات أَو قتل على الردَّة، ومال من مات من أَهلِ الذمَّة عندَنا، ولا وارث له، فكلٌّ ذلك مخمَّسٌ علَىٰ ما سنفصله، هذا ما عليه قَرَارُ المذهب.

وحُكِيَ عن القديم أَن مَالَ المُرتدِّ لا يخمَّسُ، فمنهم من خَصَّص هذا القَوْلَ المرتَدِّ، وقطعَ بتَخميس سائر الأَنواع المذكورةِ؛ فرقاً بأَنَّ المرتدَّ يستصحب فيه حكْم الإِسْلام، كما يؤمَّر بقضاء الصلوات وتلزمه الحدودُ. ومال المسلم، إِذا ماتَ، ولا وارث له، لا يخمَّس، ومنْهم مَنْ قال: ما تركُوهُ؛ خَوْفاً من المسلمينَ يُخَمَّسُ، قطعاً وفيما عَدَاه يَطَّرِدُ القولُ القديم فيه، ومنهم من أَطلق في مال الفَيْءِ قولين: الجَدِيد: أَنهُ يخمَّس؛ كالغنيمة، والقديمُ: المنعُ؛ لأَنه لم يقاتل عليه، كما لو صُولِحُوا على الضيافة، لاَ حَقَّ لأَهْلِ الخمس في مال الضيافة، بل يختصُّ به الطارِقُون نقل الطريقة هكذا صاحبُ «التهذيب» قال: وحيثُ قلنا: لا يخمَّس، فحُكْم جميعِ المالِ حكْمُ الأَخماسِ الأَربعةِ علَىٰ قَوْلِنَا بالتخمِيسِ، وفيه خلافٌ سيأَتي، واحتج لظاهر المذهب بأَنَّ آية الفَيْءِ نزلَتْ في بني النَّضِير، وقد روي أَن النبيَّ ﷺ صالَحَهُمْ علَىٰ أَن يتركوا الدُّور والأَراضِيَ، وتحملوا كلَّ صفراءَ وبيضاءَ، وما يحمله الركاب.

وأَيضاً: فإِنه مال مأَخوذٌ من الكفار، فيخمَّس؛ كالغنيمة.

وقوله في الكتاب: «فهو مخمَّس» يجوز إعلامه بالواو للطريقة المرويَّة في «التَّهذيب».

وقوله: «وكذا ما أَخذ بغَيْر تخويفٍ؛ كالجزية» قد يخطر فيه أَولاً أَن الجزية أَيضاً مأْخوذةٌ بتخويف، قال الله تعالى: **﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لاَ يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلاَ بِالْيَوْمِ الآخِرِ﴾**[1] إلى أَن قال: **﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة ـ ٢٩]** ولو لم يخافُوا، لم يؤدُّوا، وهذا صحيحٌ، ولكنَّ المرادَ منْه التخويفُ الناجز في الحال، والجزية لا تؤخَذُ بتخويفِ حالٍ، بل يعقد لها استفادة للعصْمَة دائماً، ثم يؤدّي المال شيئاً فشيئاً، كدَيْن منجم.

ثم أَعْلَمْ قوله: «وكذا» بالواو في كثير من النسخ جَرْياً على الطَّريقة المخصِّصة للخِلاَف بما أخذ من غير تخويف القاطعة بالتَّخميس فيما تركَوهُ؛ خوفاً، وهِيَ التي أَوردَهَا الأَكثرون ولفظ صاحب الكتاب في «الوَسِيط» يشْعُر بكون المَبْذُول ليَكفَّ عن قتالهم فيئاً مخمَّساً بلا خلافٍ، لكن المبذول ليكفَّ عن قتالهم، إِن كان المرادُ منه ما

---

(١) قال الشيخ البلقيني: ما نقله عن الروياني متعقب فإن بلاد الصلح المفتوحة صلحاً عند القتال لا تكون غنيمة فكذلك المال المصالح عليه عند القتال.

يبذلونَهُ؛ ليصالحهم، ولا يستعمل بقتالهم، فهذا قد طَرَدُوا فيه الخلافَ، ولم يلحقوه بما تَرَكَهُ الكفار؛ خوفاً، وإنْ كان المرادُ: ما يبذلونَهُ بعد إيجافِ الخَيْلِ والركابِ، وقريباً منهم ليتصرَّف، ففي «حِلْيَةِ» القاضي الرويانيّ ما ينازع في عَدِّهِ من الفَيْءِ؛ لأنه قال: إذا صالَحُونا على مالٍ عند القتال، فهو غَنِيمَةٌ[1].

قَالَ الغَزَالِيُّ: فَخُمُسُ هَذَا المَالِ مَقْسُومٌ بِخَمْسَةٍ (ح) أَسْهُمٍ بِحُكْمِ نَصِّ الكِتَابِ السَّهْمُ الأَوَّلُ المُضَافُ إِلَىٰ اللَّهِ تَعَالَىٰ وَرَسُولِهِ ﷺ مَصْرُوفٌ إِلَىٰ مَصَالِحِ المُسْلِمِينَ (و) إِذْ كَانَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي حَيَاتِهِ وَالأَنْبِيَاءُ لاَ يُورَثُونَ، وَمَصَالِحُ المُسْلِمِينَ سَدُّ الثُّغُورِ وَعِمَارَةُ القَنَاطِرِ وَأَرْزَاقُ القُضَاةِ وَأَمْثَالُهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَالُ الفَيْءِ يقسَّم علَىٰ خمسةِ أَسْهُم متساوية ثم يؤْخَذ منْهَا سهْمٌ، فيقسَّم خمسةِ أَسهُم متساويةٍ فأربعة يأتي بيان مصرفها، فتكون القسْمة من خمسةٍ وعشرينَ سهماً، هكَذا كان يقسّمه رسول الله ﷺ[2]: أَحدُها السَّهم المضافُ إلى اللَّه

---

(١) في ب: نفسه وأهله ومصالحه.

(٢) وقوله: كانت أربعة أخماس الفيء لرسول الله ﷺ مضمومة إلى خمس الخمس، فجملة ما كان له أحد وعشرون سهماً من خمسة وعشرين سهماً، وكان يصرف الأخماس الأربعة إلى المصالح، ثم قال في موضع آخر: وكان ينفق من سهمه على نفسه وأهله ومصالحه، وما فضل جعله في السلاح عدة في سبيل الله وفي سائر المصالح، ثم قال بعد أن قرر أن سهم النبي ﷺ هو خمس الخمس، وأن هذا السهم كان له يعزل منه نفقة أهله إلى آخره، قال: ولم يكن رسول الله ﷺ يملكه ولا ينتقل منه إلى غيره إرثاً، بل ما يملكه الأنبياء لا يورث عنهم. كما اشتهر في الخبر، أما مصرف أربعة أخماس الفيء فبوب عليه البيهقي واستنبطه من حديث مالك بن أوس عن عمر، وورد ما يخالفه، ففي الأوسط للطبراني وتفسير ابن مردويه من حديث ابن عباس: كان رسول الله ﷺ إذا بعث سرية قسموا خمس الغنيمة، فضرب ذلك الخمس في خمسة، ثم قرأ: ﴿**واعلموا أن ما غنمتم من شيء**﴾ الآية فجعل سهم الله وسهم رسوله واحداً، وسهم ذي القربى بينهم هو والذي قبله في الخيل والسلاح، وجعل سهم اليتامى، وسهم المساكين، وسهم ابن السبيل لا يعطيه غيرهم، جعل الأربعة أسهم الباقية للفرس سهمان، ولراكبه سهم، وللراجل سهم، وروى أبو عبيد في الأموال نحوه، وأما نفقته من سهمه على الوجه المشروح فمتفق عليه من حديث ابن عمر قال: كانت أموال بني النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجف المسلمون عليه بخيل ولا ركاب، فكانت للنبي ﷺ خاصة، فكان ينفقه على نفسه وأهله نفقة سنة، وما بقي جعله في الكراع والسلاح عدة في سبيل الله، وأما قوله أنه كان يصرفه في سائر المصالح فهو بين في حديث عمر الطويل، وأما كونه كان لا يملكه فلا أعرف من صرح به في الرواية، وكأنه استنبط من كونه لا يورث عنه، وأما حديث: إن الأنبياء لا يورثون، فمتفق عليه من حديث أبي بكر أنه ﷺ قال: «لا نورث ما تركنا صدقة»، وللنسائي في أوائل الفرائض من السنن الكبرى: إنا معشر الأنبياء لا نورث، ما تركنا صدقة، وإسناده على شرط مسلم، ورواه الطبراني في الأوسط=

تعالَىٰ وإِلَىٰ رسُولِهِ ﷺ قال اللّه تعالىٰ: ﴿فَلِلَّهِ وللرّسُولِ﴾ [الحشر ـ ٧] كان رسُولُ الله ﷺ ينفق منه على نفسه وأهله ومصالِحِهِ[1]، فما فَضَلَ، جعَلَه في السِّلاَح عدَّة في سبيل اللّه، وفي سائر المصالِحِ، والإِضافة إلى اللّه تعالَىٰ، قيل: إِنَّه علَىٰ سبيلِ التبرُّك والابتداء باسْمِه تبارَكَ وتعالى، وقيل: إنها إشارةٌ إِلَىٰ أَنَّ مصارفه مصارفُ القرب أَو إِلَىٰ قطعه عما كانَتِ الملوكُ تعتَادُهُ قبل المبعث من الاستبْدَادِ بالخُمْس ونحوه أو إِلَىٰ أن سبيلَهُ سبيلُ المصالحِ، ولم يكنْ رسول الله ﷺ يملكُهُ، ولا ينتقِلُ منه إِلَىٰ غيره إِرْثاً، بل

= من وجه آخر من طريق عبد الملك بن عمير عن الزهري بالسند المذكور، ولفظه لفظ الباب، ويستدل له أيضاً بما رواه النسائي في مسند حديث مالك عن قتيبة عنه عن الزهري عن عروة، عن عائشة أن أزواج النبي ﷺ لما توفي أردن أن يبعثن عثمان إلى أبي بكر فيسألنه ميراثهن من رسول الله، فقالت لهن عائشة: أليس قد قال رسول الله ﷺ «لا يروث نبي ما تركنا صدقة»، لكن رواه في الفرائض من السنن الكبرى عن قتيبة بهذا الإسناد بلفظ: لا نورث ما تركنا صدقة، ليس فيه نبي، فالله أعلم، وكذا هو في الصحيحين، ورواه أحمد من طريق محمد بن عمرو عن أبي سلمة، أن فاطمة قالت لأبي بكر: ما لنا لا نرث النبي ﷺ؟ قال: سمعته يقول: إن النبي لا يورث، وفي الصحيحين مثل حديث أبي بكر عن عمر أنه قال لعثمان وعبد الرحمن بن عوف والزبير وسعد وعلي والعباس: أنشدكم بالله ـ فذكره ـ وفيه: أنهم قالوا نعم، زاد النسائي: فيهم طلحة، وعندهما عن أبي هريرة: لا يقتسم ورثتي ديناراً ولا درهماً، ما تركت بعد نفقة نسائي ومؤنة عاملي، فهو صدقة، وأخرجه الحميدي في مسنده عن سفيان عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إنا معشر الأنبياء لا نورث، ما تركنا فهو صدقة»، وذكر الدارقطني في العلل حديث الكلبي عن أبي صالح عن أم هانىء عن فاطمة: أنها دخلت على أبي بكر فقالت: لو مت من كان يرثك؟ قال: ولدي وأهلي، قالت: فما لنا لا نرث النبي ﷺ؟ قال: سمعته يقول: إن الأنبياء لا يورثون، ما تركوه فهو صدقة، وفي الباب عن حذيفة أخرجه أبو موسى في كتاب له اسمه براءة الصديق، من طريق فضيل بن سليمان عن أبي مالك الأشجعي عن ربعي عنه، وهذا إسناد حسن.

(تنبيه) نقل القرطبي وغيره اتفاق النقلة على أن قوله صدقة بالرفع على أنه الخبر، وحكى ابن مالك في توضيحه جواز النصب على أنها حال سدت مسد الخبر واستبعده غيره.

(١) أخرجه البخاري باختصار سياق، ورواه الشافعي وأحمد وأبو داود والنسائي، قال البرقاني: وهو على شرط مسلم. قوله ويروى أنه قال: لم يفارقونا في جاهلية ولا إسلام، ذكره الشافعي في روايته وهو في السنن أيضاً. قوله كان عثمان من بني عبد شمس، وجبير من بني نوفل، فأشار النبي ﷺ بما ذكره إلى شأن الصحيفة القاطعة التي كتبتها قريش على أن لا يجالسوا بني هاشم ولا يبايعوهم ولا يناكحوهم، وبقوا على ذلك سنة، ولم يدخل في بيعتهم بنو المطلب: بل خرجوا مع بني هاشم في بعض الشعاب، هذا مشهور في السير والمغازي، ورواه البيهقي في الدلائل والسنن.

(تنبيه) المشهور في الرواية في قوله: إنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد، بالشين المعجمة، قال الخطابي: وكان يحيى بن معين يرويه واحد بالسين المهملة وتشديد الياء، قال: وهو أجود.

ما يملكه الأَنبِياء عَلَيهِمُ السَّلَامُ لا يورث عنهم، كما اشتهر في الخَبَر، وأما بعده ﷺ فإنه يصرف هذا السَّهْم إِلَىٰ مصالِح المسلِمين، كسدِّ الثغور، وعمارة الحُصُون، والقناطِر، والمَسَاجِدِ، وأرزاق القضاةِ، والأئِمَّة، ويقدِّم الأَهَمُّ فالأهمُّ منْها.

ونقل الشافعيُّ - رضي الله عنه - عن بَعْضِ أَهل العِلْم: أَنَّ هذا السهْمَ بعد رسول الله ﷺ يُرَدُّ علَىٰ أَهل السهمان التي ذَكَرَهَا اللَّه تعالَىٰ معه، وقد جعلَ بعض الأَصحاب هَذَا فيما رواه أبو الفرجَ الزاز قولاً للشافعيِّ - رضي الله عنه - لأنه بعد ما نقله اسْتَحْسَنَهُ، والمذهبُ الأَوَّلُ، ويجوز أن يُعْلَمَ لهذا قوله في الكتاب «فخمس هذا المال مقسومٌ بخمسة أَسهم» بالواو، وأَيضاً بالحاء، والألف، والميم؛ لأن عند أبي حنيفة وأحمد - رحمهم الله -: أنه لا يخمس الفيْءُ، لا جميعه للمصالِح.

ومن أَصحابنا مَنْ يروِي عن أبي حنيفة: أَنَّه يقسِّم جميع الفيء علَىٰ ثلاثةِ أَسهمٍ؛ لليتامَىٰ، والمساكين، وابن السبيلِ، كما يقوله في خُمْس الغنيمة، ويروَىٰ عنه أَنَّ خمس الفيء والغنيمة يقسِّم علَىٰ أَربعةٍ: ثلاثةٍ لهؤلاءِ، وواحدٍ للفقراء من ذوي القُرْبَىٰ، وعن مالك - رحمه الله - أنه لا يلزم تخْميسُ الفيء، بل يصرفُهُ الإِمامُ إِلَىٰ حيثُ يرَىٰ المصْلَحَةَ فيه.

وقوله «بحكم نصِّ الكتابِ» المراد منه أصلُ القسْمة بالأَسهم الخَمْسة، وهو المنصوصُ عليه لا قسمة الخُمُس بالأَسهم الخَمْسة، أَمَّا أَنَّ ظاهر الآية يقتضي قسْمَةَ جميع الفَيْء بالأَسْهُم الخمسة، فستكلَّم فيه.

وقوله «مصروف إِلَىٰ مصالِحِ المسْلِمينَ» مُعْلَمٌ بالواو؛ لأن في «الوسيط» حكايةَ وجهٍ عن الأَصحاب: أَن سهم رسول الله ﷺ يُصْرَفُ إِلَىٰ الإمام؛ لأنه خليفته، والأَكثرون نقلوه مذهباً لبعض النَّاس، ولم ينسبوه إِلى الأَصْحَاب.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: السَّهْمُ الثَّانِي لِذَوِي القُرْبَىٰ وَهُمْ أَقَارِبُ رَسُولِ اللَّهِ كَبَنِي هَاشِمُ وَبَنِي المُطَّلِبُ، دُونَ غيرِهِمْ مِنْ بَنِي عَبْدِ شَمْسٍ وَبَنِي نَوْفَلٍ، وَيَشْتَرِكُ فِي ٱسْتِحْقَاقِهِ الغَنِيُّ وَالفَقِيرُ وَالصَّغِيرُ وَالكَبِيرُ وَالرَّجُلُ وَالمَرْأَةُ وَالغَائِبُ وَالحَاضِرُ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ ٱلاَنْتِسَابُ لِجِهَةِ الآبَاءِ، وَلاَ يُفَضِّلُ أَحَدٌ عَلَىٰ أَحَدٍ إِلاَّ بِالذُّكُورَةِ: فَإِنَّهُ يَضْعُفُ بِهِ الحَقُّ كَمَا فِي المِيرَاثِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المرادُ «مِنْ ذوي القُرْبَىٰ» أَقاربُ رسُول الله ﷺ المنتسبون إِلَىٰ هاشم، وإِلَىٰ المطَّلب ابنَيْ عَبْدِ منافٍ دون غيرهم مَن بني عَبْدِ شَمْسٍ، وَبَنِي نَوْفَلٍ، وإِن كان عَبْدُ شمس، ونوفلٌ ابنَيْ عبد مناف أَيضاً؛ لما رُوِيَ عن جُبَيْرِ بن مُطْعَم - رضي الله عنه - قال: «لَمَّا قَسَّمَ رَسُولُ الله ﷺ سَهْمَ ذَوِي القُرْبَىٰ بَيْنَ بَنِي هَاشِم، وَبَنِي المُطَّلِبِ، أَتَيْتُ أَنَا وَعُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ - رضي الله عنه - رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقُلْنَا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَمَّا بَنُو

هَاشِم، فَلاَ نُنْكِرُ فَضْلَهُمْ؛ لمكانك الذي رفعك الله به منهم، فَمَا بَالُ إِخْوَانِنَا مِنْ بَنِي المُطَّلِبِ، أَعْطَيْتَهُمْ، وَتَرَكْتَنَا، وإِنَّمَا قَرَابَتُنَا وَقَرَابَتُهُمْ وَاحِدَةٌ؟ فَقَالَ ﷺ: «إِنَّمَا بَنُو هَاشِم وَبَنُو المُطَّلِبِ شَيْءٌ وَاحِدٌ، وَشَبَّكَ بَيْنَ أَصَابِعِهِ»(١) وَرُوِيَ أَنَّه قال: «لَمْ يُفَارِقُونِي فِي جَاهِلِيَّةٍ، وَلاَ إِسْلاَم» وكان عثمان ـ رضي الله عنه ـ مِنْ بني عبد شمسٍ وجبير بن مطعم من بني نَوْفَلٍ، وأَشَار النبيُّ ﷺ [بما ذكره] إلى شأن الصَّحِيفَةِ القاطعة الَّتي كتبها قريشٌ، وتبايَعُوا علَىٰ ألا يجالسوا بني هاشم، ولا يبايِعُوهم، ولا يناكحوهم، وَبَقُوا علَىٰ ذلك سنَةً، لم يَدْخُلْ في بيعتهم بنو المطلب، بل خرجوا مع بني هاشم إلى بَعْضِ الشِّعَابِ، ثم فيه مسائل:

إحداها: يشترك في استحقاق هذا السَّهْم الغَنِيُّ والفقيرُ؛ لأَن العباس ـ رضي الله عنه ـ كان يأْخُذُ منه، وهو غنيٌّ، وكذلك الكبيرُ والصغيرُ، والذَّكَر والأنثى، ويروى أَنَّ الزُّبَيْر ـ رضي الله عنه ـ كان يأْخُذُ لأمِّه(٢)، ويعمم بالعطاء الغائِبَ عن مَوْضِعِ حصولِ الفَيْء، والحاضِرَ فيه.

وقال أَبو إسحاق ـ رحمه الله ـ: يُدْفَعُ هذا السَّهْمُ مما يحْصُلُ في كلِّ إقليم إلَىٰ من فيه منْ ذوي القُرْبَىٰ، فالحاصل من كفار الرُّومِ يُدْفَعُ إِلَىٰ من في الشامِ والعراقِ مِنْ ذوِي القربَىٰ، والحاصلُ من التُّرْك يُدْفَعُ إِلَىٰ مَنْ بخراسان؛ لما في النقل مِن المشقَّة، ووجْه ظاهِرِ المذْهَب بعموم الآية، وبأنه سهم يستحقُّ بالقرابة، فيستوي فيه القاصي والدَّاني؛ كالميراث، وأَما المشقَّة، فإِن الإِمام يأمر أمناءه في كل إقليم بضَبْطِ مَنْ فيه من ذوي القربَىٰ، ولا يلزم نقْلُ كلِّ ما يحصُلُ من إقليم إلَىٰ من في سائر الأَقاليم، بل الحاصلُ في كلِّ إقليم يفرِّقه علَىٰ ساكنيه، وإِن لم يتفق في بعْضِها شيءٌ، أَو لم يَفِ بمن فيه، إذا وزع جميْعُ السَّهْم عليهم، فحينئذٍ: ينقل بقدر الحاجة وذلك مما لا تعظم فيه المشقَّة.

قال إمام الحرمين: ولو كان الحاصلُ من الفَيْء قدراً لَوْ وُزِّع عليهم، لم يسدَّ مسداً، فيقدَّم الأحوجُ فالأحوجُ، ولا يستوعب للضَّرورة، وتصيرُ الحاجة مرجِّحة، وإِن لم تكن معتبرةً في استحقاق هذا السَّهْمْ.

الثانية: يشترط أَنْ يكون الانتسابُ بجهةِ الآباء، ولا يُدْفع إلى أولادِ البَنَاتِ شَيْء، وكذلك فعل الأولون وعن القاضي الحسين ـ رحمه الله ـ: أَن المُدْلِيَ بجهتَيْن يفضَّل على المدْلِي بجهةٍ واحدةٍ، كما يقدَّم الأخ من الأَبوَيْن على الأخ من الأب قال صاحب

---

(١) سقط في: ز.

(٢) قال الحافظ ذكره الشافعي. قوله: يروى أن الزبير كان يأخذ لأمه، أما المقبوض فذكره ابن إسحاق في السيرة في مقاسم خيبر، ولأم الزبير أربعين وسقاً، وأما كون الزبير كان يقبضه فينظر.

الكتاب وغيره: هذا يدلُّ علَىٰ أن للإدْلاَءِ بالأمّ أثراً في الاستحقاق، وحينئذٍ: فلا يبعُدُ عن القياس تأثيرُهُ عند الانفراد.

الثالثة: لا يفضل أحدٌ، علَىٰ أحدٍ من ذوي القربَىٰ إلاَّ بالذكورة، فللذَّكَر سهمان، وللأنثىٰ سهم؛ لأنه مستحقٌّ بقرابة الأب، فأشبه الميراثَ، وعند المزنيِّ ـ رحمه الله ـ يُسمَّىٰ بينهما في الوصيَّة للأقارب.

وقوله في الكتاب «ولا يفضل أحدٌ على أحدٍ» يجوز أَنْ يُعْلَمَ بالواو؛ لما نقل عن القاضي من تفضيل المُدْلِي بجهتين.

وقوله «إلاَّ بالذكورة فإنه يضعف بها الحق» بالزاي والحاء؛ لأَن أبا حنيفة في الرواية الَّتِي أثبت لذوي القُرْبَىٰ حقّاً لم يفضل الذَّكَر على الأنثى.

وقوله: «أَقارب رسول الله ﷺ كبني هاشم وبني المطلب» لو قال بدله: «بنو هاشم وبنو المطلب» على البدل من الأقارب، لَكَانَ أحسن؛ لأن الكاف للتَّمْثِيل، لا مستحق سِوَاهُم؛ حتى يمثل بِهِمْ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: السَّهْمُ الثَّالِثُ: الْيَتَامَىٰ وَهُوَ كُلُّ طِفلٍ لاَ كَافِلَ لَهُ، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ فَقِيراً عَلَىٰ أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ لِأَنَّ لَفْظَ الْيَتِيمِ يُنْبِىءُ عَنْهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أحدُ سهام الخمس لليتامَىٰ، ولا بد من الصِّغَر في تحقيق اسْمِ اليتيم، رُوِيَ أنه ﷺ قال: «لاَ يُتْمَ بَعْدَ الحُلُمِ»[1].

ثم قال الأكثرون: اليَتِيمُ الصَّغيرُ الذي ليس له أَبٌ، فاكتفوا بِفِقْدَانِ الأَبِ، وهذا ما أَوردناه في الوصيَّة.

ومنهم؛ من أَضافَ إِليه الجَدَّ، فقال: الَّذي لاَ أَبَ لَهُ، ولاَ جَدَّ.

وقوله في الكتاب: «وهو كلُّ طفلٍ لا كافِلَ له» أَعمُّ من ذلك، فالمفهُوم من الكافِلِ الَّذي يقوم بنفقته ومؤناته، ومقتضاه اشتراطُ فِقْدَانِ الأُصولِ، لكنَّ غالب الظَّنِّ خلافُه، بل الوضعُ والعُرْف يُوجِبُ الاكتفاءَ بِفِقْدَانِ الأَب.

وقد صرَّح به بعض شارِحِي المِفْتَاح، وظاهر المذْهَب: أَنه يشترط الفقْرُ، ووجه بأَن استغناءه بمالِ أبيهِ، إِذا منع من الاستحقاق، فاستغناؤه بمالِ نَفْسه أَولىٰ أَن يمنع، وبأَن

---

(١) رواه أبو داود عن علي في حديث وقد أعله العقيلي وعبد الحق وابن القطان والمنذري وغيرهم، وحسنه النووي متمسكاً بسكوت أبي داود عليه، ورواه الطبراني في الصغير بسند آخر عن علي، ورواه أبو داود الطيالسي في مسنده، وفي الباب حديث حنظلة بن حنيفة عن جده وإسناده لا بأس به، وهو في الطبراني وغيره وعن جابر رواه ابن عدي في ترجمة حزام بن عثمان وهو متروك، وعن أنس.

لفظ «اليتيم» يُشْعِر بالضَّعْف والحاجَةِ، وكأنهم أعطوا بدلاً عما فاتَهُمْ من كفالة الآباء.

وعن ابن القاصِّ، والقفَّالِ الشَّاشِيِّ، فيما روى الحليميُّ عنه: نَقْلُ قَوْلٍ آخر: أنه لا يُشْتَرَطُ الفقْرُ، ويشترك فيه الغَنِيُّ والفقيرُ؛ لشمول الاسم، فحصل في المسألة قولان.

ومنهم من يُعبِّرُ عن الخلاف فيها بالوجْهَيْن، وعلى ذلك جَرَىٰ صاحب الكتاب.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: السَّهْمُ الرَّابِعُ: لِلْمَسَاكِينِ السَّهْمُ الخَامِسُ: لِأَبْنَاءِ السَّبِيلِ، وَبَيَانُهُمَا فِي تَفْرِيقِ الصَّدَقَاتِ، وَالمُسْتَحِقُّونَ بِالحَاجَةِ تَتَفَاوَتُ حُقُوقُهُمْ بِتَفَاوُتِ الحَاجَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: القَوْلُ في معنى المسْكِين وأبناء السَّبيل يأتي في قَسْم الصدقات، ولكلِّ واحدٍ من هذَيْن الصِّنْفَيْن سهمٌ من الخمس بالآية، ويعم اليتامَىٰ والمساكِين، وأبناء السبيل، أمْ يختصُّ الحاصلُ في كلِّ إقليم وناحيةٍ بمن فيها؟ منهم حكى الشيخ أبو حامد وغيره: أنه على الخلافِ المذْكُور في ذَوِي القُرْبَىٰ، وقد مرَّ في باب الوصية: أن عند الانفرادِ يدْخُل في اسم الفُقَرَاء المساكينُ، وبالعكْسِ، ولفظ «المساكين» مفرد ها هنا: فيدخل فيه الفقراءُ، وحينئذ، فقضيةُ القَوْل تُوجِبُ التعميمَ في مساكينِ النَّاحية، أو المساكينِ كلِّهم، يتناول الفقراء أيضاً، وإيراد بعض الأئمة يوافِقُ هذه القضية. ومنْهُم مَنْ يقول: يجوزُ الصَّرْف للفقراءِ؛ لأنهم أشدُّ حاجةً، وهذا الإيرادُ[1] لا يوافِقُهَا، ويجوز أَن يفاوت بين اليتامى[2]، وكذا في المساكين[3]، وأَبناء السبيل؛ لأنَّ هؤلاءِ يستحقُّون بالحاجة، فيراعي حاجاتهم، بخلافِ ذوي القربَىٰ؛ فإنهم يستحقُّون بالقرابة، ولا يشترط أَنْ يكُونَ هؤلاء الأَصنافُ الثلاثةُ من المرتزقَةِ علَىٰ المشهورِ، وعن القَفَّال اختصاصُ الاستحقاقِ بيتامى المُرْتزقة، وذكر أَقضَىٰ القُضَاةِ المَاوَرْدِيُّ مثله في المَسَاكِين، وأَبناء[4] السبيل، فقال: يُصْرَف سهم إِلَىٰ مساكينِ أَهْلِ الفَيْء، وسهم إِلَىٰ أَبناء السبيل منهم،

---

(١) قال النووي: الصحيح الأول، وأنهما داخلان في الاسم. وممن صرح به القاضي أبو الطيب في تعليقه.

(٢) ما جزم به من التفاوت في اليتامى هو مفرع كما قاله الماوردي على اشتراط الفقر فيهم سواء من مات أبوه أو قتل، فأما إذا قلنا لا يشترط الفقر اختص به من قتل أبوه في الجهاد ولا يختص به بعضهم.

(٣) وما ذكره في المساكين مفرع على أنه يستحقه جميع مساكين المسلمين كما صرح به الماوردي أما إذا قلنا إنه لمساكين أهل الجهاد والذين عجزوا عنه بالمسكنة والزمانة فيجب التسوية بينهم من غير تفضيل بين كبير وصغير وذكر وأنثى ولا يجوز أن يجمع لهم بين سهم من الخمس وسهم من الزكاة ويجوز الدفع إليهم من الكفارات فلأنه على القول الآخر.

(٤) ذكره في الأحكام السلطانية لكن لم يجزم به في الحاوي بل حكى فيه وجهين فقال: وأما سهم المساكين فاختلف فيه أصحابنا فيمن يستحقه على وجهين أحدهما، جميع المساكين المسلمين والثاني مساكين أهل الجهاد الذين عجزوا عنه بالمسكنة والزمانة.

قال: وأهلُ الفَيْءِ هم الذابون، عن البَيْضة، والمجاهدون للعَدُوِّ، وقد يحتج له بظَاهِرِ قول ابن عَبَّاسٍ ـ رضي الله عنهما ـ أن أهْلَ الفَيْءِ كانُوا في زمانِ رسول الله ﷺ بمَعْزِلٍ عن الصَّدَقة، وأهْل الصَّدَقَة بمعزلٍ عن الفَيْء، وإذا فقد بعض الأصناف، وُزِّع نصيبه على البَاقِين، كما في الزَّكَاة، إلاَّ سهم رسول الله ﷺ فإنه مصرُوفٌ بعده إلى المَصَالحُ كَما تقدَّم، ولا يجوز الصَّرْف إلى كافرٍ؛ كالزكاة، ولا يجُوزُ الاقتصار علَىٰ إعطاء ثلاثةٍ من المساكين، وأبناء السَّبيل، وبمثله أجابوا في الزكاة، إذا كان الإمامُ هو الذي يقسِّم علَىٰ ما سيأتي[1].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **أَمَّا الأَخْمَاسُ الأَرْبَعَةُ فَقَدْ كَانَتْ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي حَيَاتِهِ، وَبَعْدَهُ ثَلاثَةُ أَقْوَالٍ (أَحَدُهَا): أَنَّه لِلْمَصَالِحِ كَخُمُسِ الخُمُسِ (وَالثَّانِي): أَنَّهُ يُقَسَّمُ كَمَا يُقَسَّمُ الخُمُسُ فَيَكُونُ جُمْلَةُ الفَيْءِ مَقْسُوماً بِخَمْسَةِ أَقْسَام كَمَا دل ظَاهِرُ الكِتَابَ عَلَيْهِ (وَالثَّالِثُ): وَهُوَ الأَظْهَرُ أَنَّهُ لِلْمُرْتَزِقَةِ المُقَاتِلِينَ كَأَرْبَعَةِ أَخْمَاسِ الغَنِيمَةِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد تبيَّن مَصْرف خُمْس الفَيْء، فأَما أَربعة أَخْمَاسه، فإنَّها كانَتْ لرسُولِ الله ﷺ في حياته مضمومة إلَىٰ خمس الخمس، فجملةُ ما كان لَهُ ﷺ أَحَدٌ وعشرُونَ سَهْماً من خَمْسَة وعشرين سهماً، هكذا ذكر الأَكْثَرُون.

ومنهم: من قال: إنَّ جميع الفَيْء كانَ له ﷺ وقد نقله «الوسيط» مع أنه قال فيه: إن خُمْسَ الخُمْسِ كان له، وإن أربعة أخماس الفَيْء كانت له، ولا معنى لتَخْصِيصها بالذِّكْر مع القول بأَنَّ الكلَّ كان له ثُم ذكر أَبو العَبَّاس الرويانيُّ ها هنا شَيْئَيْنِ:

أحدهما: أَنَّ النبيَّ ﷺ كانَ يَصْرِفُ الأَخماس الأربعة إلى المَصَالح، وهل كان ذلك واجباً علَيْه أو تفضُّلاً منه، قيل: فيه طريقانِ، وهذا الخلافُ يوجِبُ الخلاف في قَوْلِنا: إنها كانت له.

والثاني: حَكَىٰ خلافاً في أنه، مِنْ أين كانَ يأْخُذُ قوته، وقُوتَ عياله، ففي وجهٍ: يأخذه من أَربعةِ أَخماس الفَيْء، وفي وجهٍ: من خمس الفيء، والغنمية، فهذا حكمها في حياته.

---

(١) قال النووي: لا يجوز دفع شيء من سهم ذوي القربى إلى مواليهم، قال صاحب «التلخيص»: لو ادعى أنه مسكين أو ابن سبيل، قبل بلا بيِّنة، ولا يقبل اليتم والقرابة إلاّ ببينة. والله أعلم.

أقره عليه، وما ذكره في القرابة محله إذا لم يستفض بسببه بينهم فإن استفاض اكتفى بذلك. (قاله الإمام).

وأما بعده ﷺ فقد نَقَلَ صاحب الكتاب وآخرون: أن فيها ثلاثَةَ أَقْوَالٍ والمشهورُ الأَوَلُ والثالث:

أَحدها: أَنها للمصالح؛ لأنها كانت للنبيِّ ﷺ فَمَصْرِفُها بعده لِلمصَالِحِ؛ كخمس الخمس.

والثاني: أَنها تقسّم كما يقسَّم الخُمس وعَلَىٰ هذا فينقَسِم خُمْسِ الفيء بخَمْسَة أَسْهُمْ، كما دَلَّ عليه ظاهرُ قوله تعالَى: ﴿**مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ**﴾ [**الحشر ـ ٧**] وما قدَّمنا أن القسْمَة تصحُّ من خمسة وعشرين يتفرَّع على غير هذا القول.

والثالث: وهو الأَصَحُّ: أنها للمرتزقةِ المترصِّدين للجهاد؛ لأَنَّها كانت للنبيِّ ﷺ لحُصُول النُّصْرة به، كان منصوراً بالرُّعْب على مسيرة شهر، وبعده جند الإِسْلاَم، فهم المترصدُون للنصرة، وإِرعاب الكفار، هذا وجه القول به، لكنه يُشْكِلُ بخمس الخمس.

وقوله في الكتاب «كأربعة أخماسِ الغَنِيمَةِ» يعني أَنها مصروفةٌ إِلى المقاتِلِينَ، فكذلك أربعةُ أخماسِ الفَيْء، والغرضُ التشبيهُ الجُمَلِيُّ، ثم التفاصيلُ مختلفةٌ، وأَما ظاهر الآيَةِ، فإِذا علم أن الأَخْمَاس الأَربعةَ كانتِ لِرَسُولِ الله ﷺ فهُوَ مَعْمُول به، ليس فيه إِلاَّ أَنَّ الاستحقاق على التفاضلَ، فللنبيِّ ﷺ أحَدٌ وعشرون من خمسة وعشرين، ولكلِّ واحدٍ من الأَصناف سهْمٌ، والإِضافة عند التفاضُل، والتساوي شائعةٌ، وإِذا فَرَّعنا على القوْلِ الأَوَّل، وهو أنها للمصالِح، فيبدأ بالأهم فالأَهَمّ والأَهَمُّ تعهُّدُ المرتزقة، فإِنَّهم القائمون بحفْظِ بَيْضَة الإِسلامِ، هكذا ذكره الأَصحاب، وكذلك يكون الحُكْمُ في خُمْسِ الخُمْس، وبهذا يَهُونُ وَقْعُ البَحْث عن الأَصحِّ من القولَيْن المشْهُورين؛ لأَن المَصْرِف المرتزقةُ على القولَيْن، وإِنما يختلف التفريعُ فيما يفضُل عنهم، ولنتكلَّمِ الآن في كيفية الصَّرْف إليهم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **فَعَلَىٰ هَذَا يَنْبَغِي لِإِمَامٍ أَنْ يَضَعَ دِيواناً يُحْصِي فِيهِ المُرْتَزِقَةَ بِأَسْمَائِهِمْ، وَيُنصَبُ عَلَىٰ كُلِّ عَشَرَةٍ عَرِيفاً يَجْمَعُهُمْ، وَيُسَوِّي (و) بَيْنَهُمْ فِي الإِعْطَاءِ فَيُعْطِي كُلَّ وَاحِدٍ عَلَىٰ قَدْرِ حَاجَتِهِ، وَيُعْطِي (و) لِوَلَدِهِ وَعَبْدِهِ وَفَرَسِهِ وَزَوْجَتِهِ وَإِنْ كُنَّ أَرْبَعاً، وَلاَ يَزِيدُ عَلَىٰ عَبْدٍ وَاحِدٍ إِذْ لاَ حَصْرَ فِيهِ، وَيُعْطِي الصَّغِيرَ والكَبِيرَ، وَكُلَّما زَادَتْ حَاجَتُهُ بالكِبَرِ زَادَ فِي حِصَّتِهِ، وَيُقَدِّمُ فِي الإِعْطَاءِ قُرَيْشاً، وَمِنْ جُمْلَتِهِمْ بَنُو هَاشِمٍ وَبَنُو المُطَّلِبِ، ثُمَّ مَنْ بَعْدَهُمْ عَلَىٰ تَرْتِيبِ القُرْبِ، ثُمَّ يُعْطِي العَجَمَ بَعْدَ العَرَبِ، ثُمَّ يُقَدِّمُ بِالسِّنِّ أَوِ بِالسَّبْقِ فِي الإِسْلاَمِ، وَلاَ يُثْبِتُ فِي الدِّيوَانِ اَسْمَ صَبِيٍّ وَلاَ مَجْنُونٍ وَلاَ عَبْدٍ وَلاَ ضَعِيفٍ، بَلِ اَسْمَ المُسْتَعِدِّينَ**

لِلْغَزْوِ، فَإِنْ طَرَأَ الضَّعْفُ وَالجُنُونُ فَإِنْ كَانَ يُرْجَىٰ زَوَالُهُ فَلاَ يَسْقُطُ الاَسْمُ، وَإِلاَّ فَيَسْقُطِ، وَإِذَا مَاتَ فَالأَظْهَرُ (و) أَنَّهُ يُعْطِي لِزَوْجَتِهِ وَأَوْلاَدِهِ مَا كَانَ يُعْطِيهِمْ فِي حَيَاتِهِ، أَمَّا الزَّوْجَةُ فَإِلَىٰ التَّزَوُّجِ، وَأَمَّا الأَوْلاَدُ فَإِلَىٰ الاَسْتِقْلاَلِ بِالكَسْبِ أَوِ الجِهَادِ، وَيُفَرِّقُ أَرْزَاقَهُمْ فِي أَوَّلِ كُلِّ سَنَةٍ، فَلَوْ مَاتَ وَاحِدٌ بَعْدَ جَمْعِ المَالِ وَانْقِضَاءِ السَّنَةِ فَحَقُّهُ لِوَرَثَتِهِ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الجَمْعِ وَالحَوْلِ فَلاَ حَقَّ لَهُ (و)، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الجَمْعِ وَقَبْلَ الحَوْلِ فَقَوْلاَنِ:

«القول في كيفية الصرف إليهم»

قَالَ الرَّافِعِيُّ: للإمامِ في القَسْم على المرتزقة بَيَانُ وظائِفَ:

إِحداها: يضَعُ ديواناً، قال في «الشَّامِلِ»، وهو الدَّفْتر الَّذي يثبت فيه الأَسماءَ[١]، ويُحْصِي فيه المرتزقة بأسمائهم، ويُنَصِّب لكلِّ قبيلةٍ أو عَدَدٍ يَرَاهُ، عَرِّيفاً ليعرض عليه، أَحوالَهُم ويجمعهم عند الحاجة، ويثبت فيه أَقدار أَرزاقهم[٢]، وكلّ ذلك للتسهيلِ، ولَفْظ «العشرة» في الكتاب جَرَىٰ التقريب دون التقدير، فله أَن يزيد وَينقُصَ علَىٰ ما يقتضيه الحالُ علَىٰ أَنه يوافِقُ ما روي عن عمر ـ رضي الله عنه ـ ورُوِيَ عن النبيِّ ﷺ أَنَّه عَرَّفَ عام خَيْبَرَ عَلَىٰ كل عشرة عريفاً، وذلك في استطابته قلوبَهُمْ في سَبْيِ هَوَازِنَ[٣].

الثانية: يُعْطِي كُلَّ واحدٍ قَدْرَ حاجته، فيعرف حاله، وعدد مَنْ في نَفَقَتِهِ ويقف علَىٰ قدر نفقاتهم، وكسوتهم، وسائر مُؤْنَتِهِمْ، ويراعى الزمانَ والمكَانَ، وما يَعْرِضُ من رُخْصٍ أو غلاءٍ، وحال الشخص من مروءته وضدِّها، وعادة البلد في المطاعم، فيكفيه المؤناتِ، ليتفرَّغ للجِهَاد، وهذه: جملةُ تفصيلِهَا صُوَرٌ:

إِحداها: يعطيه لأولاده الَّذينَ هُمْ في نفقته، أَطفالاً، كانوا أَو كباراً، وكلَّما زادَتِ الحاجةُ بالكِبَرِ، زاد في حصته ونقل الحنَّاطِيُّ، وأبو الفرج الزاز وجْهاً غريباً: أنه لا

---

(١) وصرح الماوردي بأنه الموضع الذي يجلس فيه للكتابة.

قال في الخادم: ولا شك أن الديوان يطلق على كل واحد منهما، فينبغي الجمع بينهما.

(٢) قال النووي: نصب العريف مستحب والله أعلم.

قال في الخادم: هذا يوهم أن وضع الديوان واجب لكن قول الرافعي من بعد يشعر باستحبابه، والظاهر الوجوب لئلا يقع في الخبط والغلط، وبه يشعر كلام الحاوي والبسيط وغيرهما.

(٣) أخرجه الشافعي في الأم نقلاً عن سير الواقدي بهذا، وأصل القصة في صحيح البخاري من حديث المسور، دون قوله إن العرفاء كان كل واحد على عشرة، وفي البخاري أيضاً في قصة أضياف أبي بكر من رواية عبد الرحمن بن أبي بكر وعرفنا مع كل عريف جماعة، الحديث. قاله الحافظ في التلخيص.

يُعْطِي للأولادِ شيئاً؛ لأَنهم لا يقاتلون، وعلى الصحِيح: فيدفع إِلَيْه ما يتعهَّد منه للأَولادِ، أَو يتولَّى الإِمام تعهُّدهم بنفسه، أَو بمن ينصبه لذلك، ذكروا فيه قولَيْن، أَشبَهُهُما أَوَّلُهُمَا.

الثانية: إذا كان لَهُ عبْدٌ يقتنيه للزِّينة، أَو للتِّجَارة، لم يُعْطَ له، وإِن كان يقاتِلُ معه، أَو يحتاج إِليه في الغزو؛ لسياسة الدوابِّ ونحوها، أُعْطِيَ له، وكذا لو كان لَهُ عبدٌ يخدمه، وهو ممن يخدم، بل لو لم يكُن له عبْدٌ، واحتاج إِلَيْه، فيعطيه الإِمامُ عبداً، ولا يُعْطَىٰ إِلاَّ لعبد واحد، وفي الزوجات يعطَىٰ الزائدَةَ على الواحدةِ؛ لأَن نهايَتَهُنَّ أَربعٌ، والعبيد لا حَصْر لهم، وكان هذا في عَبِيدِ الخدْمة، فأَما الذين يتعلَّق بهم مصلحةُ الجهاد[1]، فينبغي أَن يُعْطَىٰ لهم، كم كَانُوا[2].

الثالثَةُ: يعطى المرتزق مؤنة فرسه، بل يعطى الفرس، إِذا كان يقاتِلُ فارساً، ولا فَرَسَ له، ولا يعطَىٰ الدَّوابُّ الَّتي يتَّخِذُها للزينة وَنَحوِها.

الرابعةُ: يُعْطَىٰ للزوجةِ الواحدةِ والزوجات، وإِذا نكح جديدةً، زاد في العطاءِ.

وقوله: «في الكتاب ويسوي بينهم في الإِعطاء» أَي في أَن يعطي كل واحد منهم بقدر حاجته لا في القدر المعطى، ولا يفضل بعضهم على بعض لشرف النسب والسبق في الإِسلام والهجرة وسائر الخصال المرضية، بل يسوى بين الشريف وغيره كما يسوى في الإِرث بين البار والعاق، وفي الغنيمة بين الجريء والجبان؛ وهذا لأنهم يعطون بسبب ترصدهم للجهاد، وكلهم مترصدون له، وإِلى التسوية ذهب أَبو بكر، وعلي ـ رضي الله عنهما ـ وكان عمر ـ رضي الله عنه ـ يفضل، وعن عثمان ـ رضي الله عنه ـ مثله[3].

وحكى أَبو الفرج السرخسي أَن من أَصحابنا من قال بالتفضيل إِذا كان في المال سعة فيجوز أَن يعلم لهذا قوله في الكتاب «ويسوي بينهم في الإِعطاء فيعطي كل واحد

---

(١) أي لسياسة الدواب ونحوها.

(٢) قال النووي: كذا هو منقول، وإنما يقتصر في عبيد الخدمة على واحد حصلت به الكفاية. فأما من لا تحصل كفايته إلاَّ بخدمة عبيد، فيعطى لمن يحتاج إليه، ويختلف باختلاف الأشخاص. والله أعلم.

(٣) أخرجه الشافعي في الأم، وروى البزار والبيهقي من طريق أبي معشر عن زيد بن أسلم عن أبيه، قال: قدم على أبي بكر مال من البحرين، فقال: من كان له على رسول الله ﷺ عدة فليأت، فذكر الحديث بطوله في تسويته الناس في القسمة، وفي تفضيل عمر الناس على مراتبهم، وروى البيهقي من وجه آخر من طريق عيسى بن عبد الله الهاشمي عن أبيه عن جده قال: أتت علياً امرأتان فذكر قصة وفيها: إني نظرت في كتاب الله فلم أر فيه فضلاً لولد إسماعيل على ولد إسحاق، قوله: وعن عمر مثله، قال البيهقي: روينا ذلك عن عثمان.

علىٰ قدر حاجته» بالواو. ويجوزُ أَن يُعْلَمَ قوله: «يعطي لولده» للوجْهِ الغَرِيب في الأَولاد، ويجْرِي ذلك علَىٰ بُعْدِه في العَبِيد والزَّوْجات والله أعلم.

الوظيفةُ الثالثةُ: يُقَدِّم الإمامُ في الإِعْطاء، وفي إِثْباتِ الاسْمِ في الديوان قُرَيشاً علَىٰ سائر الناسِ علَىٰ ما قال ﷺ: «قَدِّموا قُرَيْشاً»[١] وهم ولدُ النَّضْرِ بن كِنَانَة بنْ خُزَيْمة بْن مُدْرَكَة بن الْيَاس بْنِ مُضَرَ بْنِ نِزَارِ بْنِ مَعَدِّ بْنِ عَدْنَانَ.

قال الاستاذ أبو منصور ـ رحمه الله ـ: هذا قول أكثرِ النسابين، وبه قال الشافعيُّ ـ رضي الله عنه وأصحابه ـ رحمهم الله تعالى ـ وهو أصحُّ الأَقوال.

ومنْهم مَنْ قال: هم ولدُ إلياس بْن مُضَرَ.

ومنْهم مَنْ قال: هُمْ ولدُ مضَرَ بْنِ نِزَارِ وفي «المهذَّب»: أَن بعض الناس قَالَ: هم ولَدُ فِهرِ بْنِ مَالكِ بْنِ النضرِ بْنِ كنانةَ.

ثم يقدِّم من قريش الأَقربَ فالأقربَ إِلَىٰ رسول الله ﷺ وهو مُحمَّد بن عبد الله بْنِ عَبْدِ المطَّلِبِ بْنِ هَاشِمِ بْنِ عَبْدِ مَنَافِ بْنِ قُصَيِّ بْنِ كلابِ بْنِ مُرَّةَ بْنِ كَعْبِ بْنِ لُؤَيِّ بْنِ غَالِبِ بْنِ فَهرِ بْنِ مَالِكِ بْنِ النَّضرِ بْنِ كِنَانَةَ، فيقدِّم بني هاشم، وبني المطَّلب علَىٰ سائر قُرَيْش أما تقديم بني هاشم؛ فلأن رسول الله ﷺ منهم، وأَما تقديمُ بني المطلب، فلتسوية النبيِّ ﷺ بينهما، كَما سبق ثم يقدِّم بعدهما بني عبد شمس وبني نوفل أَخَوَيْ هاشم، ويقدِّم منهما بني عبد شمس لأن عَبْدَ شَمْسٍ أخو هاشم من الأبوين، ونوفل أخوه من الأب، ثم يقدم بعدهم بني عبد العُزَّى، [وبني عبد الداد، وهما ابنا قُصَيٍّ، ويقدِّم منهما بني عبد العزَّىٰ][٢] لأنهم أصهارُ رَسُول الله ﷺ فإِنَّ خديجةَ ـ رضي الله عنها ـ منْ بنِي أسدِ بْنِ عَبْدِ العزَّىٰ.

وأيضاً، فإِنَّهم من المُطَيَّبينَ، وكان لقريشٍ حلْفانِ قَبْل المَبْعَثِ والحلْفُ العَهْد، والبيعة:

أحدُهُما: أنه وقع تنازُعٌ بيْنَ بني عبد مناف، وبني عَبْد الدَّار فيما كان إِلَىٰ قُصَيٍّ من الحجابة، والسقاية، والرفادة، واللواء، فتبع عبدُ منافٍ قبائلَ، منهم أَسدُ بن عبدِ العَزَّىٰ وتيمٌ، وزهرة، وبنو الحارث بْن فهر، وتحالَفُوا علَىٰ ألا يتخاذَلُوا، وعَلَىٰ أَن ينصروا المظْلُومين، ويدْفَعُوا الظالمين، وتبع عبد الدار جُمَحُ، وسَهْمٌ، ومخْزومٌ، وعَدِيٌّ، وتحالفوا أَيضاً وهَؤُلاَءِ يُسَمَّوْن بالأحلاف، وعبد مناف ومن معهم يسمون المطَّيبين؛ لأَنهم أَخرجوا جفنةً مملوءةً طيباً، وكانوا يَغْمِسُون أَيديهم فِيهَا، ويتبايعون.

---

(١) تقدم.
(٢) سقط في: ز.

وقيل: لأنهم أَخرجُوا من طيب أَموالهم، وأَعدُّوه للأضياف.

والثاني: أَنه كان في قريشٍ مَنْ يَسْتَضْعِفُ الغريبَ، فيظلمه، ويأخذ مالَهُ، فأنكروا ذلك وَتَبَايَعُوا على منع الظالم من الظلم في دار عبد الله بْنِ جُدْعَان واجتمع عليه بنُو هاشِمٍ، وبنو المطلب، وأسد ابن عبد العزَّىٰ، وزهرة وتيم، ويسمَّىٰ هذا حلْفَ الفُضُول.

قيلَ: لأَنهم أَخرجوا فُضُولَ أموالهم للأضياف.

وقيل: لأَنه قام بأمره جماعةٌ، اسمهم الفَضْلُ منهم الفَضْلُ بن الحارث، والفضْلُ ابن وَدَاعَةَ، والفضلُ بن فَضَالَةَ، فجُمِعُوا على فُضُولٍ؛ كسَعْدٍ وسُعُودٍ، وكان رسول الله ﷺ معَهُمْ في حِلْفِ الفضول[١]، وكذلك في الحِلْفِ الأَول، وكان مع المطَيّبين، ثم بعد بني عبد العزى يُقَدِّم بني عبد الدار، ثم بني زهرة بْنِ كلاب، وهو أَخو قُصَيٍّ، ثم بني تيم وبني مخزومٍ، وهما أَخوا كلاب، تقدُّم منهما بني تيم، لمكان أبي بكْرٍ، وعائشةَ - رضي الله عنهما - من رسول الله ﷺ ثم تقدم بني جُمَعَ، وبني سَهْم، وهما ولد هُصَيْص بن كَعْب، وبني عدي بن كعب وهصيص وعدي أخوا مرة بن كَعْب، وقدَّم عُمَرُ - رضي الله عنه - من هؤلاء القَبَائِلَ الثلاث من بني جمح، وسوَّى بين بني سَهْم، وبني عَدِيٍّ، كما يسوّي بين بني هَاشِم وبني المطلب، قال الشافعيُّ - رضي الله عنه - وقدم المهديُّ - رضي الله عنه - [أميرُ المؤمنينَ في زمانه بني عديٍّ على بني جمح، وبني سهْم لمكان عُمَرَ][٢] والذي فعله عُمَرُ - رضي الله عنه - كان تواضُعاً منه، ثم يقدِّم بني عامرِ بن لُؤَيٍّ، وهو أخو كعْب، ثم بني الحارث بن فِهْرٍ، وهو أَخُو غالِبٍ. وإذا فَرَغَ من قريشٍ، بدأ بالأنصار[٣]، لآثارهم الحميدةِ في الإِسْلاَم، ثم يعطي سائِر[٤] العَرَب،

---

(١) أخرجه البيهقي من حديث طلحة بن عبد الله بن عوف الزهري، وفيه إرسال، ورواه الحميدي في مسنده عن سفيان عن عبد الله بن أبي بكر به مرسلاً، ورواه الحارث بن أبي أسامة أيضاً، وذكر ابن قتيبة في الغريب تفسير الفضول (تنبيه) ما رواه أحمد وابن حبان والبيهقي من حديث عبد الرحمن بن عوف ومن حديث أبي هريرة مرفوعاً: شهدت وأنا غلام حلف المطيبين، وفي آخره: لم يشهد حلف المطيبين لأنه كان قبل مولده، وإنما شهد حلف الفضول وهم كالمطيبين، قال البيهقي: لا أدري هذا التفسير من قول أبي هريرة أو من دونه، وقال محمد بن نصر: قال بعض أهل المعرفة بالسير: قوله في الحديث حلف المطيبين غلط، إنما هو حلف الفضول، لأنه ﷺ لم يدرك حلف المطيبين، لأنه كان قديماً قبل مولده بزمان، وبهذا أعل ابن عدي الحديث المذكور. قاله الحافظ في التلخيص.

(٢) سقط في: ز.

(٣) قضيته أنه لا ترتيب بينهم، وينبغي تقديم الأوس لنصرتهم النبي ﷺ وإيوائهم إياه.

(٤) قضيته أنه لا ترتيب، لكن في الحاوي «ثم يقدم بعد قريش الأنصار ثم من بعدهم مضر ثم ربيعه ثم جميع ولد عدنان ثم قحطان فيرتبهم على السابقة كقريش».

هكذا رتَّب الأَصحاب، وظاهر لَفْظ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ يوافقه.

وفي «أَمالي» أبي الفرج السرخسيِّ حمله على الَّذِينَ هُمْ أَبعدُ من الأَنصار، فأَما سائرُ العَرَبِ الذين هم أَقرَبُ إِلَىٰ رسول الله ﷺ من الأَنصار فيقدَّمون عليهم، وإِذا تساوَى اثنان في القُرْب، قُدِّم أسنهما، فإن استويا في السِّنِّ، فأقدمهما إِسلاماً، وهجرةً[1]، ثم يعطِي العَجَمَ بَعْد العَرَبِ، ثم في «المهذب» والتَّهذيب»: أَنَّ التقديم فيهم بالسِّنِّ والفضائِلِ، ولا يقدم بعضهم علَىٰ بعضٍ بالنسب، وفيه كلامان:

أحدهما: أن المعتبر في العَرَبِ القُرْبُ من رسول الله ﷺ والعَجَم قد يعرف نسبهم، فينبغي أَن يعتبر في معروفي النَّسَب منهم القرب والبعد أَيْضاً.

والثاني: أن النسب في بَابِ الصَّلاة بالجماعةَ من الأَسباب المقدَّمة، [و]حكينا أَن هناك عن كلام الإِمام ـ رحمه الله ـ: أَن الظاهرَ رعايةُ كلِّ نسبٍ يعتبر في الكفاءة في النِّكاح، وسنذْكر إِنْ شَاء الله ـ تعالَىٰ جَدُّه ـ أَن نسب العَجَم مرعيٌّ في الكفاءة علَىٰ خلافٍ فيه، فليكُنْ ذلك ها هُنَا[2] قال الأئمة: وجميعُ الترتيبِ المذْكور في هذه الوظيفةِ مستحَبٌّ، لا مستحق[3] واعلم أنه قد سَبَق في خصال التقديم للصَّلاَة ذكْرُ خلافٍ في أَن المقدَّم من السنِّ والنَّسَب أيهما، ولم يذكروه ها هنا، بل أَطلقوا تقديمَ شَرَفِ النَّسب على السِّنِّ، فليتأَمل في الفرق.

الرابعةُ: لا يُثْبِتُ في الديوانِ اسْمَ الصبيانِ، والمجَانِينِ، والنِّسْوَان، والعبيد، والضُّعَفَاء الَّذِين لا يصلُحُون للغَزْو نَحْو العميان والزمْنَىٰ، وإنما هم تَبَعٌ للمقاتل، إِذا كانوا في عياله، يعطي لهم كما مَرَّ، وإِنما يُثْبِتُ في الديوانِ اسْمَ الرجالِ المكلَّفين المستعِدِّين للغزو، وإِذا طَرَأ على المقاتل مَرَضٌ أَو جُنُونٌ، نظرَ: إِن كان يرجَىٰ زوالُه، أُعْطِيَ، ولَمْ يسقط اسمه من الديوان، وإِلاَّ لرغب الناس عن الجهاد، واشتغلوا بالكَسْب، فإِنهم لا يأمنون هذه العوارِضَ، وإِن كان لا يرجَىٰ زواله، فيسقط اسْمُهُ، وهل يعطَىٰ، فيه الخلافُ المذكورُ علَىٰ الأثر في زوجة المقَاتِلِ وأَولاده يعد موته، وهو

---

(١) قال النووي: قد عكس أقضى القضاة الماوردي هذا، فقال في «الأحكام السلطانية»: يقدم بالسابقة في الإسلام. فإن تقاربا فيه، قدم بالدّين. فإن تقاربا فيه، قدم بالسن، فإن تقاربا فيه، قدم بالشجاعة. فإن تقاربا فيه، فوليُّ الأمر بالخيار بين أن يرتّبهم بالقرعة، أو برأيه واجتهاده، وهذا الذي قاله هو المختار.

(٢) قال النووي قد أشار الماوردي إلى اعتبار نسب العجم فقال: إن كانوا عجماً لا يجتمعون على نسب، جمعهم بالأجناس، كالترك، والهند، وبالبلدان. ثم إن كانت لهم سابقة في الإسلام، ترتبوا عليها، وإلاّ، فبالأقرب من ولي الأمر. فإن تساووا، فبالسبق إلى طاعته.

(٣) وبالاستحباب صرح به في المهذب والمجرد لسليم، قال ابن الرفعة: وفيه نظر.

أَولَىٰ بأن[1] يعطَىٰ، وإِذا ماتَ واحدٌ من المرتزقة، ففي زوجَتِهِ وأَولاده وَجْهَان، ويقال: قَوْلاَنِ، وهو الأَظْهَر:

أَحدهما: أَنَّهم لا يرزقون؛ لأَنهم ليْسُوا بمقاتِلِين ولم يَبْقَ من كانوا تَبَعاً له.

وأَظهرهما: علَىٰ ما ذكره في الكتاب: أَنهم يرزقون؛ لئَلاَّ يشتغلَ المجَاهِدُون بالكَسْب، إِذا علموا ضَيَاعَ عيالهم، فيتعطَّل أَمر الجهاد، فعلَىٰ هذا ترزَقُ الزوجةُ إِلَىٰ أَن تتزوَّج، فتستغنِي بالزوج الثَّاني، وأَما الأَولادُ، فإِلَىٰ أَن يبلغوا، ويشتغلوا بالكَسْب، أَو يرغبوا في الجِهَاد، فيثبت اسمهم في الديوان، ومَنْ منهم، وهو أَعمَىٰ أَو زَمِنٌ، رزق علَىٰ هذا القَوْل، كما كان يرزق قبل البلوغ، هذا في ذكور الأَولاد.

أما الإِناثُ: فقضيَّة ما في «الوسيط»: أَنهنَّ يرزقْنَ إلى أن يُنْكَحْنَ، واللَّه أعلم.

وقوله في الكتاب «فالأظهر أنه يُعْطِي لزوجته وأولاده ما كَانَ يعطيهم في حياته» لفظة «يعطيهم» [يوافق][2] ظاهرها القَوْل الثاني بينما روينا أن الإِمامَ تعهَّدهم بنفسه ولا يدفع موتاهم إلى المقاتل، والله أعلم.

الخامسةُ: يفرق الأرزاق في كل عام مَرَّةً، ويجعل له وقتاً معلوماً، لا يختلف والتقديرُ بالعام؛ لِئَلاً يشغلهم بالأَخْذِ كلَّ أسبوع أَو كلَّ شهر عن الجهاد، ولأَن الاعتماد في أَمْرِ الفيء على الجزية الدارةِ، وهي تُؤْخَذُ في السنَةِ مرةً؛ فلذلك يفرق مرةً، نعم لو رأى الإِمامُ المصلحةَ في أَن يفرق مشاهرةً ونحوها، اتبع المصلحة، وإِذا اقتصر في السنة على المَرَّة الواحدةِ، فيشبه أَن يقال: يجتهدُ فيما يقتضيه الحالُ، ويتمكن فيه من الإِعطاء في أَول السنة، أَو في آخرها يأتي به؛ وعلَىٰ ذلك ينزل قوله في الكتاب: «ويفرق أَرْزَاقهم في أَوَّلِ كلِّ سنة» وقول آخرين أنه يفرقها في آخر كل سنة وإِذا مات واحدٌ من المرتزقة بَعْد جمع المال، وانقضاء الحَوْل، فيصرف نصيبه إِلَىٰ ورثته؛ لأَنه حقٌّ لازمٌ، له، فينتقل إِلَىٰ ورثته، ولا يسقط هَذا الحَقُّ بالإِعراض عنه، على الظاهر، هكذا قاله[3]

---

(١) قال النووي: ترك من شروط من يثبته في الديوان الإسلام، وذكر الماوردي في «الأحكام السلطانية» شرطاً آخر، وهو أن يكون فيه إقدام على القتال ومعرفة به. فإن اختل ذلك، لم يجز إثباته، لعجزه عما هو مرصد له. قال: ولا يجوز إثبات الأقطع، ويجوز إثبات الأعرج إن كان فارساً. وإن كان راجلاً، فلا. ويجوز إثبات الأخرس والأصم. قال: وإذا كتبه في الديوان، فإن كان مشهور الاسم، لم يحسن تحليته. وإن كان مغموراً وصف وحلي، فيذكر سنّه وقدّه ولونه وحلي وجهه، بحيث يتميز عن غيره.

(٢) سقط في: ز.

(٣) لا يفهم منه حقيقة الخلاف، وعبارة الإمام «وفي كلام الأصحاب تردد في أن المرتزق لو أعرض عن مقدار رزقه بعد انقراض الزمان وحصول المال هل يسقط حقه بالأعراض أم الملك في حصته=

الإمام ـ رحمه الله ـ وإن ماتَ بَعْدَ جمع المالِ، قَبْلَ تَمامِ الحَوْل، فقولان، ويقال: وجهان:

أظهرهما: أن قِسْطَ ما مَضَىٰ، يُصْرَف إِلَىٰ ورثته، كالأُجْرَة في الإِجَارةِ.

والثاني: المَنْعُ كالجعل في الجَعَالة، لا يستحق قَبْل تمام العَمَل، وإن مات قَبْل جَمْع المال، فإن انقضى الحَوْلُ، ثم مات، فظَاهِرُ النصِّ أنه لا شَيْء للوارث، وبه أَخذ القاضي أبو الطَّيِّب وآخرون، وقالوا: إنما يثبت الحقُّ بحصول المال، وهذا ما أورده في «التهذيب».

وقال الشيخ أبو حامد: إن عطاءه يصرف مما سيحصل إِلَىٰ ورثته وادعى ثبوت الحَقِّ له بمضيِّ المُدَّة، والحقُّ إذا ثبت لمعيَّن، انتقل بموته إِلَىٰ ورثته، وقَيْدُ التعْيينِ للاحتراز عما إِذا مَاتَ الفقيرُ بعد تمام الحَوْل ووجوب الزكاة، حيث لا شَيْء لورثته؛ لأن ذلك الفقيرَ غَيْر متعيّن للزكاة؛ حتَّىٰ لو لم يكن في القرية إلاَّ ثلاثةٌ من الفقراء ومنعنا نقل الصدقة، فعن نَصِّه في «الأُمِّ» أن الحَقَّ ينتقلُ إِلَى الورثة، وإن لم يتمّ الحول، فإن قلْنا: لو مات بَعْد انقضائه، فلا شَيْء للوارثِ، فها هنا أَوْلَىٰ وإنْ قلْنا: إن عطاءه يصرف إِلَىٰ ورثته هناك، ففي قِسْط ما مَضَى الخِلاَفُ المذكورُ فيما إذا مَاتَ بعد جمع المال، وقبل تمام الحَوْل، كذلك رتَّب الشيخ أبو الفرج السرخسيُّ، وقد أحسن فيه، ويجوز أن يُعْلَم لذلك قولُه في الكتاب «وإن مات قبل الجَمْع والحَوْل، فَلاَ حق له» بالواو، وما ذكرناه من انقضاء الحَوْل وعدَمِهِ، فهو مبنيٌّ على ما إذا كان الإمامُ يعْطَىٰ في الحول مرةً واحدةً، وقد عيَّن له وقعاً، فإن رأى العطاءَ مرتَيْنِ، فصاعداً، فالاعتبار بمضيِّ المدة المضروبة.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِنْ كَانَ فِي جُمْلَةِ الفَيْءِ أَرْضٌ فَخُمُسُهَا لِأَهْلِ الخُمُس، وَالبَاقِي يَكُونُ وَقْفاً هَكَذَا نَصَّ الشَّافِعِيُّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُ ـ، فَقِيلَ: أَرادَ بِهِ وَقْفاً شَرْعِيّاً لِأَنَّهُ المَصْلَحَةُ، وَقِيلَ: أَرَادَ بِهِ التَّوَقُّف عَنْ قِسمَةِ الرَّقَبَةِ، وَقِيلَ فُرِّعَ (و) عَلَىٰ أَنَّهُ للمَصَالِحِ، وَإِلاَّ فَعَلَىٰ القَوْلِ الثَّانِي تَجِبُ قِسْمَتُهُ، وَإِذَا فَضَلَ شَيْءٌ مِنَ الأَخْمَاسِ الأَرْبَعَةِ عَنْ قَدْرِ حَاجَتِهِمْ وُزِّعَ عَلَيهِمْ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في الفَصْل مَسْأَلَتَانِ:

إحداهما: أن جميع ما ذكرناه في المَنْقُولاتِ من أموال الفَيْء، فأما الدُّور

= لازم كالملك الحاصل للورثة في حصصهم». والمسألة محتملة والأظهر عندنا أن الملك لازم فإن المرتب في ديوان المرتزقة ظاهر الأشعار بقصد تحصيل الرزق والجهاد لا يحمل على قصد المغانم فإن بناه على قصد إعلاه كلمة الله فلا يقع المغنم فيه مقصود.

والأراضِي، فقد قال الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ: هي وقْفٌ للمسلمين تستغل، وتقسَّم غلتها في كل عام كذلك أبداً، والوجهُ أَنْ نورد مقالاتِ الأَصْحَابِ في أربعة أخْمَاسِهَا أولاً، ثم في خُمُسِها:

فأما أربعةُ أَخماسِها، فمِنْهم: من يقول: الحكم بأنَّها وقفٌ مفرَّعٌ علَىٰ أن أربعة أخماسِ الفَيْءِ للمَصَالح. فأما إذا جعلناها للمرتزقة، فيُقسَّم بينهم، كالمنقولاتِ، وكأربعة أَخماس الغَنِيمةَ، ومنْهم: من يقول هذا الحكْمَ، سواءٌ جعلناها للمصالح أو للمرتزقة خاصَّةً؛ لتبقى الرقبةُ مؤبَّدة، وينتفع بغلَّتها المستحقُّون كلَّ عام، وتفارق المنقولات؛ لتعرُّضها للهَلاَك لو بَقِيَتْ، وتفارق أربعة أخماس الغنيمة؛ لأنها بعيدةٌ عن نظر الإمام، واجتهادِهِ، لتأكُّد حقِّ الغانمين فيها، وأربعة أخماس الفَيْءِ فيها بحال النظر والاجْتِهَاد؛ فإنَّه يجتهد في تعرُّف حاجاتهم ومقادِيرِها، وهذا أصحُّ، وإذا قلنا بالوقْف: إما تفريعاً علَىٰ أنَّها للمصالح أو على القولَيْن جميعاً، فوجهان:

أحدهما: أن المرادَ منْه التوقُّف عن قسمة الرقبة، دُون الوقْف الشرعيِّ المانع من البَيْع ونَحْوه.

وأظهرهما: أنَّ المراد الوقْفُ الشرعيُّ للمصلحة، وعلَىٰ هذا، فوجهان:

أحدهما: أنه يصيرُ وقْفاً بنفس الحصول، كما يرقُّ النساء والصبيان بنَفْس الأَسْر.

وأصحُّهما: المنع، لكن الإمام يقفها، وإن رأى قسمتها أو بيعها، أو قسمة ثمنها فله ذلك ذكره في «التهذيب».

وقول الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: «هي وقْفٌ» أي تجعل[1] وقفاً، وأَما خمْسُها، فقد قال في الكتاب: إنه لأِهلِ الخمس، هكذا ذكر في «التهذيب» والاقتصار علَيْه لا يغنِي، بلْ لا بد من تفصيل سهَامِهِ فأما سهمُ المصالِح، فلا سبيلَ فيه إِلى القسْمَة، بل الطريقُ: إما الوقْفُ وصرْفُ الغلَّة إِلى المصالح، أو البَيع، وصرف الثَّمن إِلَيْها، والوقف أولَىٰ، ويجيء الوجهُ السَّابق في أَنه يصيرُ وقفاً بنَفْسِ الحصول، وأَما سهم ذوي القربَىٰ، فعلى الخلافِ المذْكُورِ في الأخماس الأربعة؛ تفريعاً على أنَّها للمرتزقة، وسهم اليتامَىٰ والمساكين، وأبناء السبيل يرتَّب علىٰ سهم ذي القُربَىٰ، إِن قلنا: إنه وقْفٌ، فهذه السهامُ أولَىٰ؛ لأن ذوي القربَىٰ يتعيّنون بخلافِ هؤلاء الأصناف، وإن لم نجعلْه وقفاً، ففي هذه السهام وجْهَان:

---

(١) قال الشيخ البلقيني: ما صححه تبعاً لأصله في مسألة الأراضي لم يصححه أحد من الأصحاب والذي عليه الأئمة كما في النهاية أنه لا يجوز بيع شيء من ذلك وأن الأراضي تبقى موقوفة وفي وجه لا بد من وقفها، وجعله الماوردي خطأ، وتبع في ذلك الشيخ أبا حامد فإنه قال: إنه ليس بشيء ووافقه صاحب الزركشي على ذلك في الخادم.

أحدهما: أن الجوابَ كذلك.

وأظهرهما: أنَّها وقفٌ أيضاً، وإذا تأمَّلْت هذه الاختلافاتِ المذكورةَ في الأخماس الأربعَةِ، ثم في الخمس، عَرَفْتَ أن الظاهِرَ في الكلِّ الوقْفُ، وهو الموافِقُ لنصِّ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه الذي أوردناه في أوَّل المسألة.

الثانية: الأخماسُ الأربعةُ، إذا فضلَتْ عن حاجاتِ المرتزقةِ، فإن قلْنا: إنها للمرتزقَةِ، وهو الأصحُّ، يصرف الفاضلُ إلَيْهم أيضاً، ويقسّم بينهم علَىٰ قدر مؤناتهم، وهَلْ يجوز أن يُصْرَف شيءٌ منه إلَىٰ إصلاح الحُصُون، وإلى الكُرَاع والسِّلاَح، ليكون عُدَّة لهم؟ فيه وجهان:

أظهرهما: نَعَمْ، وإنْ قلنا: إنها للمصالِحِ، فما فضل مَصْرُوفٌ إلَىٰ سائر المصالِحِ، كإصْلاح الحُصُون، والكُرَاع، والسِّلاح، فإن فضل شيءٌ، ففي جوازِ صَرْفه إلَيْهم وجْهان[1]، ولا خلافَ في جَوَازِ صرفه إلَيْهم عن كفاية السَّنَة القابلة. وقوله في الكتاب وزع علَيْهم مفرَّع على القول الأصحِّ، فيجوز إعلامُه بالواو؛ للقول الآخَر.

ثم الباب مختومٌ بفروعٍ ومسائِلَ:

مِنْ شَرْطِهِ؛ إذا جاء رجَلٌ وطالب إثبات اسمه في الديوان، أجابه الإمامُ، إن في المال سعَةٌ، وفي الطالِبِ أهليَّةٌ، وإلاَّ لَمْ يجبْهُ، ولا يحبس شيئاً من مالِ الفَيْء؛ خوفاً من أَن تنزل بالمسلمينَ نازلةٌ، بل يفرِّق الجميع عند مجيء الوَقْت المعيَّن، ثم إذا نزلَتْ نازلةٌ، فعلى كافة المسلمِينَ القيامُ بأمْرها، وإن غشيَهُمْ العدوُّ، فعلَىٰ جميعهم أَن يَنْفُروا، وذكر الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ أَنه يَرْزُقُ من مال الفَيْء الحُكَّامِ ووُلاَة الأَحْدَاثِ والصَّلاَة، وكلّ من قام بأمْر الفَيْءِ مِنْ والٍ وكاتبٍ وجنديٍّ لا يستغْنِي أَهْلُ الفيء عنهم، والمرادُ مِن الحكام: الَّذين يحْكُمُون بَيْن أَهْلِ الفيء في مغزاهم، ووُلاَةُ الأحداث: قيل: هُمُ الذين يعلِّمُونَ أحداثَ أهل الفيء الفُروسِيَّةَ والرمي.

وقيل: الذين يَنْصبون في الأطراف لتولية القُضَاة، وسُعَاة الصَّدَقة، وعزلهم، وتَجْهِيز الجيوش إلى الثُّغور، وحفظ البلاَدِ من أهل الفساد ونحوها مِنَ الأحداث، وولاَةِ الصَّلاَة الخُطَبَاء الَّذِين يُقِيمُون لَهُم الجُمُعَات، والجَمَاعَات، وكذلك يرزق عرفاء أهل الدفىء، وإذا وجد من يتطوَّع بهذه الأَعْمَال، لم يَرْزُقْ عليها غَيْرَه، ويجوز أن يكون عَامِلُ الفيء مِنْ ذوي القُرْبَىٰ.

قال أقْضَى القُضَاة المَاوَرْدِيُّ ـ رحمه الله ـ وعاملُ الفَيْء إن ولي وَضْع أموال الفيء

---

(١) لم يرجحا ـ أي الرافعي والنووي ـ شيئاً من الوجهين لأنه تفريع على المرجوح ومقتضى استدلال الماوردي ترجيح الجواز.

وَتَقْدِيرَهَا، وتقريرها فَيُشْتَرَطُ أَنْ يكُونَ مسلماً، حُرّاً، مُجْتَهِداً، عارفاً بالحِسَاب والمسَاحَةِ، وإن ولي جباية أَموالها بَعْدَ تقرُّر جهاتها، سقَطَ اعْتِبارُ الشَّرْطِ الثالث، وإنْ ولي جبايةَ نَوْعٍ، خاص من أموال الفَيْءِ، نُظِرَ: إنْ لم يستغْنِ فيه عن استنابةٍ، اعتبر فيه الإِسْلاَم، والحرية، والاضْطِلاَعُ بشَرْط ما ولي من حسَابٍ أَو مساحةٍ؛ لما فيه من معْنَىٰ الولاية، وإن استغنى عن الاستنابة، جاز أَن يكُونَ عبداً؛ لأَنه كالرسول المأمور، فأما كونه ذمّياً، فإن كانَتْ جبايَتُهُ من أَهْلِ الذِّمَّة؛ كالجزية، وعشر التجار، جاز أَن يكون ذِمّياً، وإن كانَتْ من المسلمين؛ كالخَرَاج الموضوع علَىٰ رقاب الأَرضِينَ، إذا صارَتْ في أيدي المسْلِمِينَ، ففي جواز كَوْنه ذِمّياً وجهان، وإذَا فسدَتْ ولايةُ العامِلِ، وقبض المال مع فسادِها برىء، الدافع؛ لأن الإِذْنَ يبقَىٰ، وإن فسدت الولايةُ، نعم، لو نَهى عن القبض بَعْد فسادِها، لم يبرأ الدافع بالدَّفْعِ إليه، إن علم بالنَّهْي، وإن لم يعلم النهي، فوجهان؛ كالوكيل[١]، ذكر ذلك كلّه المَاوَرْدِيُّ، والله أعلم.

البَابُ الثَّاني فِي قِسْمَةِ الغَنَائِم

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **وَالغَنِيمَةُ كُلُّ مَالٍ أَخَذَهُ الفِئَةُ المُجَاهِدَةُ عَلَىٰ سَبِيلِ الغَلَبَةِ، فَخُمُسُهَا مَقْسُومٌ كَخُمُسِ الفَيْءِ، وَأَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهَا لِلغَانِمِينَ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد ذكَرْنا أنَّ الغنيمةَ: هيَ المَالُ الَّذي يأخذه المسلِمُون من الكُفَّار بإيجاف الخَيْل والرِّكَاب.

قال في «التَّهذيب»: سواءٌ ما أَخَذوهُ من أيديهِمْ قَهْراً، وما استولوا عليه بَعْد ما هزمناهم في القتال فتركوا المَالَ، وما كانَتِ الغنائمُ تَحِلُّ للأنبياءِ عليهم السلام قبل رسول الله ﷺ ثم إنَّها أحلت له، ولأمته، كما قال ﷺ: «أُعطِيتُ خَمْساً لَم يُعطَهُنَّ أَحَدٌ قَبْلِي» فذكر منها إحْلاَلَ الغنَائِمِ[٢]، وكانتْ في أَولِ الأمرِ له خاصَّةً يصْنَعُ بها ما يشاء، وفي

---

(١) قال النووي: قال الماوردي: إذا تأخر العطاء عن المثبتين في الديوان عند استحقاقهم، وكان المال حاصلاً، فلهم المطالبة كالديون. وإن أعوز بيت المال، كانت أرزاقهم ديناً على بيت المال، وليس لهم مطالبة ولي الأمر به. قال: وإذا أراد ولي الأمر إسقاط بعضهم لسبب، جاز وبغير سبب، لا يجوز. وإذا أراد بعضهم إخراج نفسه من الديوان، جاز إن استغنى عنه، ولا يجوز مع الحاجة، إلا أن يكون معذوراً. قال: وإذا جرد الجيش للقتال، فامتنعوا وهم أكفاء من حاربهم، سقطت أرزاقهم. وإن ضعفوا عنه، لم تسقط. وإذا جُرّد أحدهم لسفر، أعطي نفقة سفره إن لم يدخل في تقدير عطائه، ولم يعط إن دخل فيه. وإذا تلف سلاحه في الحرب، أعطي عوضه إن لم يدخل في تقدير عطائه، وإلا، فلا.

(٢) متفق عليه من حديث جابر، ولهما من حديث أبي هريرة: لم تحل الغنائم لأحد قبلنا. الحديث، وفيه قصة.

ذلك نَزَلَ قولُهُ تعالَىٰ: ﴿قُلِ الْأَنفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ [الأنفال ـ ١] لمَّا تنازَعَ فيها المهاجِرُون والأَنْصَار[١] ـ رضي الله عنهم ـ يَوْمَ بَدْرٍ، وعليه يحمل إعطاؤُهُ مَنْ لم يشهد الوقعة، ثم نُسِخَ ذلك، فَجُعِل خُمُسُهَا مقْسُوماً بخمسة أسهم كالفيء[٢]؛ قال الله تعالَىٰ: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الأنفال ـ ٤١] الآيَةَ، جعل أربعة أخماسِهَا للغانِمِين رُوِيَ أنَّ النبيَّ ﷺ قال: «الْغَنِيمَةُ لِمَنْ شَهِدَ الْوَقْعَةَ»[٣].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَيَتَطَرَّقُ إِلَيه النَّفَلُ وَالرَّضْخُ وَالسَّلَبُ، ثُمَّ القِسْمَةُ بَعْدَهُ أَمَّا النَّفَلُ فَهُوَ زِيَادَةُ مَالٍ يَشْتَرِطُهُ أَمِيرُ الجُيُوشِ لِمَنْ يَتَعَاطَىٰ فِعْلاً مُخطَّراً كَتَقَدُّمِهِ عَلَىٰ طَلِيعَةٍ أَوْ تَهَجُّمِهِ عَلَىٰ قَلْعَةٍ، وَمَحلُّهُ مَالُ المَصَالِحِ أَوْ خُمُسُ الخُمُسِ مِمَّا سَيُؤْخَذُ مِنَ الكُفَّارِ، وَقَدْرُهُ مَا يَقْتَضِيهِ الرَّأْيُ بِحَسَبِ خَطَرِ الفِعْلِ، أَمَّا ثُلُثُ خُمُسِ الخُمُسِ أَوْ رُبُعُهُ أَوْ ثُلُثُ مَا يَأْخُذُهُ أَوْ رُبُعُهُ كَمَا يَرَاهُ الإِمَامُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: نفرض في مال الغنيمة النَّظَرَ في ثلاثة أمور:

أحدها[٤]: النَّفَلُ وهو زيادةُ مال علَىٰ سَهْمِ الغَنِيمَةِ يشرطه الإِمامُ أو أميرُ الجَيْشِ

---

(١) رواه البيهقي في السنن من طريق معاوية بن صالح عن علي بن أبي طلحة عن ابن عباس: كانت الأنفال لرسول الله ﷺ ليس لأحد فيها شيء، ما أصابت سرايا المسلمين أتوه به، فمن حبس منه شيئاً فهو غلول، فسألوا رسول الله ﷺ أن يعطيهم فنزلت ﴿**يسألونك عن الأنفال**﴾ وعليه يحمل عطاؤه لمن لم يشهد الوقعة.

(٢) قال الشيخ جلال الدين البلقيني: لا يصح التشبيه بالفيء لأن الغنيمة خمسها مقسوم بظاهر النص. وأما الفيء فكله مقسوم على خمسة بظاهر النص ولذلك وقع فيه الخلاف.

(٣) هذا الحديث بهذا اللفظ إنما يعرف موقوفاً كما سيأتي، لكن في هذا المعنى حديثان، أحدهما عن أبي موسى أنه لما وافى هو وأصحابه أي النبي ﷺ حين افتتح خيبر، أسهم لهم مع من شهدها، وأسهم لمن غاب عنها غيرهم، متفق عليه، والثاني: حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ بعث أبان بن سعيد بن العاص في سرية قبل نجد، فقدم أبان بعد خيبر، فلم يسهم له، رواه البخاري وأبو داود، وأما لفظ الغنيمة لمن شهد الوقعة، فرآه ابن أبي شيبة نا وكيع نا شعبة عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب الأحمسي: أن أهل البصرة غزوا نهاوند، فذكر القصة فكتب عمر: إن الغنيمة لمن شهد الوقعة، وأخرجه الطبراني والبيهقي مرفوعاً وموقوفاً، وقال: الصحيح موقوف، وأخرجه ابن عدي من طريق بختري بن مختار عن عبد الرحمن بن مسعود عن علي موقوفاً قاله الحافظ في التلخيص.

(٤) [هو بالتحريك مأخوذ من النقل بالسكون معناه الزيادة وشرعاً: زيادة على سهم الغنيمة يمنحها الإمام لبعض الغزاة وهي قد تكون جزاء على أثر محمود قام به الغازي كمبارزة وحسن أقدام، وهذا يسمّى إنعاماً ومكافأة، وقد يكون عدة من الأمير لمن يفعل ما فيه زيادة مكايدة للكفار كالتقدم على طليعة، والتهجم على قلعة وهذا سمي جُعَالَةً، ويشترط الإمام مالك في الجُعْل أن يكون من غير السلب، وسيأتي رأيه في السلب عند الكلام عليه].

=

. . . .

= أمّا دليل مشروعيته فما صح في أحاديث مستمدة من ان النبيّ ﷺ فعله مع المقاتلة في وقائع شتى: منها ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي ﷺ «كَانَ يُنَفِّلُ بَعْضَ مَنْ يَبْعَثُ مِنَ السَّرَايا لأَنْفُسِهِمْ خَاصَّةً سِوَى قِسَمْ عَامَّةِ الْجَيْش» وعنه أن النبي ﷺ بَعثَ سَرِيَّةً قِبَل نَجْدٍ فخرجت فيها فَبَلَغَتْ سِهَامُنا اثْني عَشَرَ بَعيْراً، ونَفَّلَنا رسولُ الله ﷺ بَعيراً بعيراً، متفق عليهما. وما روي عن عبادة بن الصامت أنّ النبيّ ﷺ كَانَ يُنَفِّلُ في البَدْاءةِ الربع وَفي الرَّجْعَةِ الثُّلُثُ، رواه أحمد، وابن ماجة، والترمذي. وقد تلقت الأمة هذه الأحاديث كلهاَ بالقبول، وقد نزل فيه فيما يرى بعض العلماء قوله تعالى ﴿يَسْئَلُونَكَ عَنِ الأَنفَالِ قُلْ الأَنفَالُ لِلَّهِ والرَّسُولِ﴾ والمراد أن الحكم فيها يرجع إلى الله ورسوله فيحكم فيها النبيّ ﷺ بما يراه.

اتفقت الأمة على مشروعية الأنفال، وعبر عنها بعض الفقهاء بالجواز كما جاء في كتاب «المهذب للشيرازي» من علماء الشافعية قال: يجوز لأمير الجيش أن ينفل لمن فعل فعلاً يفضي إلى الظفر بالعدوّ، وعبر عنها بعضهم بالاستحباب كما جاء في كتاب «فتح القدير» للكمال بن الهُمامِ من علماء الحنفية تعليقاً على قول صاحب «الْهِدَايَةِ» «ولا بأس بأن ينفل الإمام في حال القتل ويحرض به على القتال» قال الْكَمَالُ: «أي يستحب أن ينفل نص عليه في المبسوط، وسيذكر المصنف أنه تحريض والتحريض مندوب إليه» ثم قال أيضاً «واعلم أن التحريض واجب للنص المذكور أي قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ حَرِّضِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ﴾ لكنه لا ينحصر في التنفيل ليكون التنفيل واجباً، بل يكون بغيره أيضاً من الموعظة الحسنة، والترغيب فيما عند الله فإذا كان التنفيل أحد خصال التحريض كان التنفيل واجباً مخيراً، ثم إذا كان هو أدْعَى الخصال إلى المقصود يكون أسقاط الواجب به دون غيره مما يسقط به الواجب أولى وهو المندوب، فصار المندوب اختيار الإسقاط به دون غيره لا هو في نفسه، بل هو واجب مخير».

هذا ـ وقد نقل الكمال بن الهُمَام أيضاً: طعن بعض الناس على التنفيل بحجة أن فيه ترجيح البعض، وتوهين البعض الآخر قالوا: وتوهين المسلم حرام، فقال الكمال في الرّد عليه «إنّه ليس بشيء، وإلاّ حرم التنفيل لاستلزامه المحرم وهو توهين المسلم مع أن التنفيل ثابت بالأحاديث الصّحيحة».

والواقع أن التنفيل من شأنه أن يغري الباقين بمثل ما فعل المنفل له، فهو يورث شجاعة وحمية لا توهينا ثم هو بعد ذلك ليس على عمل قام به جميع المجاهدين، بل على عمل زائد قام به الْمُنَفَّلُ له فكان النفل مكافأة، وشكراً لا إيثاراً له وانتقاصاً لغيره ممن يساوي. فالحق كما قال الكمال: إنّ هذا القول ليس بشيء.

وممّا سبق بتبين أن التنفيل مشروع الأصل، وأن بحسب ما يراه الإمام فيكون جائزاً ويكون مندوباً، وقد يكون واجباً متى تعيّن طريقاً للتحريض الواجب بقوله تعالى ﴿يا أَيُّها النَّبِيُّ حَرِّضِ الْمؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ﴾ الآية.

اختلف الفقهاء في محل النفل من الغنيمة فقل إن من الخمس الواجب لبيت المال، وهو مذهب الإمام مالك، وَرُوِي عن سعيد بن المسيب وقيل من خمس الخمس المرصد للمصالح، وهو الأصح عند الشافعيّة وقيل من الأخماس الأربعة، وهو مذهب الإمام أحمد ووجه عند الشافعية، وبه قال إسحاق، وأبو عبيد، وفقهاء الشام وأنس بن مالك، وقيل من أصل الغنيمة، وروي عن=

. . . .

= الإمام أحمد، والأوزاعي، وأبي ثور، والهادوية، وهو وجه عند الشافعية أيضاً وذهب الحنفية إلى أن النفل قبل الإحراز بدار الإسلام يكون بالسريع بعد الخمس، أو بالربع أو بالثلث، أو بالكل، فحمله قبل الإحراز كل الغنيمة غير أنهم قالوا لا ينبغي للإمام أن ينفل بكل المأخوذ، ومع ذلك إن فعله جاز متى رأى فيه المصلحة امّا بعد الإحراز فلا يجوز أن ينفل إلا من الخمس.

استدل الإمامان مالك، والشافعي على أن النفل يكون من الخمس على وجه العموم بما رواه مالك في الموطأ عن أبي الزناد عن سعيد بن المسيّب أنه قال: كَانَ النَّاسُ يُعْطَوْنَ النَّفَلَ مِنَ الخُمُسِ «قال الإمام مالك: وذلك أحسن ما سمعت في ذلك» قال القرطبي: وإنما لم ير النفل من رأس الغنيمة لأن أهلها معينون، وهم الموجفون، والخمس مردود قسمة إلى اجتهاد الإمام، وأهله غير معينين فلم يمكن بعد هذا أن يكون النفل من حق أحد وإنما يكون من حق رسول الله ﷺ وهو الخمس.

ولكن الإمام الشافعي يرى أن النفل لا يكون من الخمس كله بل من خمس الخمس المرصد للمصالح كما هو الأصح في المذهب، لأن الخمس بالنص موزع على خمسة قسم لرسول الله ﷺ يتصرف فيه كيف شاء ويضعه حيث أراه الله، وهذا الذي يعطي منه النفل، وما سوى ذلك السهم من بقية الخمس يكون لمن سماهم الله عزّ وجلّ في كتابه، وهم ذو القربى، ومن عطف عليهم فلا ينفل من حقوقهم لأحد، قال في «الأم» «وقول سعيد بن المسيب يعطون النفل من الخمس كما قال: إن شاء الله وذلك من خمس النبي ﷺ فإن له خمس الخمس من كل غنيمة فكان النبي ﷺ يضعه حيث أراه الله كما يضع سائر ماله فكان الذي يريه الله تبارك وتعالى ما فيه صلاح المسلمين، وما سوى سهم النبي ﷺ من جميع الخمس لمن سمّاه الله عزّ وجلّ له فلا يتوهم عالم بأن يكون قوم حضروا فأخذوا مالهم وأعطوا مما لغيرهم إلاّ أن يطوع به عليهم غيرهم».

واستدل الإمام أحمد على أن النفل من الأخماس الأربعة بما رواه أحمد وأبو داود عن معين بن يزيد السلمي قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لاَ نَفَلَ إلاَّ بَعْدَ الْخُمُسِ» وبروايتهما أيضاً عن حبيب بن مسلمة أن النبي ﷺ «نَفَلَ الرُّبْعُ بَعْدَ الْخُمُسِ في بَدْأَتِهِ، وَنَفَلَ الثُّلُثُ بَعْدَ الْخُمُسِ في رَجْعَتِهِ» فهذان الحديثان صريحان في أن النفل من الأخماس الأربعة.

واستدل القائلون بأن النفل يكون من أصل الغنيمة بما رواه أبو داود عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ بعث سريّة قِبَل نجد فأَصَبْنَا نِعَماً كَثِيْراً فَنَفَلَنَا أُمِيْرُنَا بَعِيْراً بَعِيراً لكل إنسان، ثم قدمنا على رسول الله ﷺ فَقَسَمَ رسول الله ﷺ بَيْنَنَا غَنِيْمَتَنَا فَأَصَابَ كُلُّ رَجُلٍ مِنَّا اثْنَي عَشَرَ بَعِيْراً بَعْدَ الْخُمُسِ وَمَا حَاسَبَنَا رَسُوْلُ الله ﷺ بِالَّذِي أَعْطَانَا صَاحِبنَا وَلاَ عَابَ عَلَيْهِ مَا صَنَعَ فَكَانَ لِكُلِّ رَجُلٍ مِنَّا ثَلاَثَةَ عَشَرَ بَعِيْراً بَنَفْلِهِ» وهو صريح في أن التنفيل كان من أصل الغنيمة.

واستدل الحنفية بأن لم يثبت للغانمين حق قبل الإحراز فليس في التنفيل بالكل أو بالبعض اعتداء على حق أحد امّا بعد الإحراز فقد تأكد حقّ الغانمين به، ولهذا يورث عمّن مات منهم فلا يجوز إبطال حقهم فيمتنع التنفيل بما يتعلق به حقهم وهو الأخماس الأربعة، وليس لهم حق في الخمس فجاز للإمام أن ينفل منه.

وقد اعترضوا هم على ذلك بأن حق الفقراء أيضاً قد تأكد في الخمس كما تأكد حق الغانمين في=

لِمَنْ يَقُومُ بما فيه نكايةٌ زائدةٌ في العَدُوِّ، أو توقُّعُ ظَفَر أو دَفْعُ شَرٍّ، وذلك كالتقدم على طليعةٍ، أو التَّهَجُّم على قلعةٍ، أو الدَّلالة عليها، أو كحفظ مكمن، وتجسُّس حالٍ، وما أشبهها، وإنما ينفل الإمام إذا مَسَّتِ الحاجةُ إلَيْه لكثرةِ العَدُوِّ، وقلَّةِ المسلمينَ، واْقْتَضى الرأيُ بعْثَ السرايا، وحفْظ المكامِنِ، ولذلك نَفَلَ رَسولُ اللَّهِ ﷺ في بعض الغزوات دُونَ بَعْضٍ[١].

ثُمَّ الكلامُ فيمن يشرط له، وفي محلِّ المَشْرُوط وقَدْرِهِ.

أما الأَول: فيجوز أنْ يَكُونَ المشْرُوطُ له شخصاً معيَّناً، أو جماعةً معيَّنين، ويجوز أنْ يُطْلَق؛ فيقول: مَنْ فَعَلَ كذا، فله كذا.

وأما المحَلُّ: فيجوزُ أنْ يشترطَ النَّفَل من مال المصالِح المرصدة عنده في بيت المالِ، وَحِينَئِذٍ فيشترط كونه معلوماً، ويجوز أنْ يشرطه مما سيغنم، ويُؤْخَذُ من الكُفَّار في هذا القتال، وَحِينَئِذٍ [فيذكر جزء من][٢] ثلث وربع وغيرهما، ويحتمل فيه الجهالة للحاجة، وإذا نفل من المأخُوذ فيمن نفل، فيه ثلاثَةُ أوْجُهٍ، ويقال: ثلاثة أقوال، ويقال: قَوْلاَنِ وَوَجْهٌ:

أظهرهما: أنه ينتفل من خُمُسِ خُمُسِهِ؛ لما رُوِيَ عن سَعِيد بْنِ المُسَيِّبِ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنه ـ قال: كان النَّاسُ يعطون النفلَ من الخُمُس[٣].

والثاني: أنه ينفل مِنْ رأسِ مال الغنيمةِ، ويجعل ذلك كأجْرَةِ الكيَّال، وما في مغنَاها، ثم يقسم الباقِي، ونُسِبَ هذا إلى رواية القاضي الحُسَيْن ـ رحمه الله ـ عن القديم.

والثالثُ: أنه ينفل مِنْ أربعةِ أخماسِ الغنيمةِ، ثمَّ يُقَسَّمُ الباقي منها بين أصحاب النفلِ، وسائر الجَيْش، وأمَّا القدْرُ فليس له حَدٌّ مضبُوطٌ، ولكنْ يجتهدُ الإمامُ فيه،

= الأخماس الأربعة فوجب ألاّ يجوز إبطال حقهم كما لا يجوز إبطال حق الغانمين.
وأجابوا بأن جواز ذلك في الخمس باعتبار أن المنفك إليه مصرف، ولهذا قيدوه بالمقاتل الفقير، وقالوا إذا كان غنياً لا يجوز تنفيله لما فيه من إبطال حق الأصناف الثلاثة.

(١) في الصحيحين من حديث ابن عمر أنه كان ينفل بعض من يبعث من السرايا، وقال الترمذي قال مالك: بلغني أن النبي ﷺ نفل في بعض مغازيه ولم ينفل في مغازيه كلها.

(٢) سقط من ز.

(٣) رواه الشافعي عن مالك عن أبي الزناد عنه بهذا، ورواه ابن أبي شيبة عن حفص عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال: ما كانوا ينفلون إلا من الخمس، وروي من طريق الحكم عن عمرو بن شعيب عن أبيه: أن رسول الله ﷺ كان ينفل قبل أن ينزل فريضة الخمس من المغنم ـ الحديث ـ وهو مرسل.

ويجعَلُه علَىٰ قَدْر العمل وخَطَرِهِ، وقد رُوِيَ عَنْ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ ـ رضي اللَّهُ عَنْهُ ـ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «نَفَلَ في البداءة الرُّبُعَ وفي الرَّجْعَةِ الثُّلُث»(١) وفَسَّرَ بَعْضُهُمْ «البداءة» بالسرية الأولى «والرجعة» بالثانية، والمشهور أَنَّ البداءة ابتداء السفر، والمراد [بالبداءة](٢) بالسَّرِيَّة: الَّتي بعَثَها الإمامُ قَبْل دخوله دَارَ الحَرْب مقدّمة له، والرَّجْعة: الَّتي يأمرها بالرجُوعِ بَعدَ توجُّه الجيش إلَىٰ دار الإسلام، وإنما زاد النَّفَلَ في الرَّجْعَةِ؛ لأنهم في البداءة مسترِحُون لم يَطُلْ بِهِم السفر؛ ولأنَّ الكفَّار في غفلة منْهُمْ؛ ولأنَّ الإمام مِنْ ورائهم فيستظهرون به، وكل ذلك في الرَّجْعَة بخلافه، واختلفوا في المراد من الخَبَر، بحَسَب اختلافِهِمْ في مَحَلِّ النَّفَل: فَمِنْ قائل: إنَّ المرادَ ثُلُثُ خُمُسِ الخُمُسِ؛ أو ربعه، ومِنْ قائلٍ: إنَّ المراد ثُلُث الجميع أو رُبُعُهُ، ومِنْ قَائلٍ: إنَّ المراد ثلث أربعةِ أخماسها أو رُبُعها.

وقيل: إنه أراد أنه يزاد حصة كلِّ واحدٍ من الغنيمة مثل ثلثه أو مثْل رُبعه، ويجوزُ الزيادَةُ على الثُّلُث، والنُّقْصَان عن الرُّبُع بالاجْتِهَاد، والله أعلم، هذا هو الفِقْهُ.

أَما لَفْظُ الكتاب فقوله: «أو يتطرَّق إليها» يعني إلى الغنيمة، وقوله: «ثم القسمة بعده» فظاهر صرف الكناية إلى «المتطرِّق إليها، لكن في كون القِسْمة بَعْدَ هذه الأمور توقُّفٌ واختلافٌ شديدٌ، سواءٌ قدَّرنا أن المرادَ قسْمةُ الغنيمةِ خُمُساً وأربعة أخماس، أو قُسمة الأخْمَاس الأربعةِ على الغَانِمِينَ، أَمَّا في النَّفَل، فعلَىٰ قولِنا: إنه، ينفل من الخمس، فلا تكُونُ القسْمَة بعده، وأما في الرَّضْخ والسَّلَب، فسيأتي.

وقوله: «ومحله مالُ المصالِح» يعني الحاصِلَ في بيت المالِ، وقوله بعده: «أو خُمُس الخُمُس، مما سَيُؤخَذُ من الكُفَّار» ظاهره يُشْعِرُ بتخيير الإمام، وربما صرَّح به، والأشبه أنَّه يجتهدُ، ويراعي المصلَحَةَ.

وقوله: «أما ثلث خمس الخمس أو ربعه» يعني خمس الخمس مما سيؤخذ منهم.

وقوله: «أو ثلث ما يأخذه أو رُبُعه» يحتمل أنْ يفسَّرَ بما يأخذه الإِمَامُ، ويغنمه من هذا القتال، ويحتمل أنْ يفسّر بحصته الَّتِي يأخذها من الغنيمة، ولو لم يقل كما يراه الإِمامُ، لجعلنا الترديد إشارة إلَىٰ وجهين للأَصْحَابِ قد أسْلَفْنَاهما، فالمحتَمَلُ الأوَّل:

---

(١) رواه الترمذي وابن حبان في صحيحه، وفي الباب عن حبيب بن مسلمة أخرجه أبو داود وغيره (تنبيه) فسره الخطابي بما حاصله: إن للسرية إذا ابتدأت السفر نفلها الربع، فإذا قفلوا ثم رجعوا إلى العدو ثانية كان لهم الثلث، لأن نهوضهم بعد القفول أشق عليهم وأخطر. قاله الحافظ في التلخيص.

(٢) سقط في: ز.

هو الوجّهُ الثانِي منَ الوجوه المذكورة في محلّ النَّفَل، والمحتملُ الثاني: هو الوجّهُ الآخر من الوجوه المذكورة في تَفْسير حَدِيثِ البداءة، وإذا ذكره، فظاهر المفهُومِ منه التخييرُ والتَّفْوِيضُ إلَىٰ رأي الإمام، وأنَّه شَيْءٌ زائدٌ على ما قال الأصْحَاب.

فَرْعٌ: إذا قال الأمير: «من أَخَذَ شَيْئاً، فهو لَهُ» فعلَىٰ قولَين، أشارَ الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ إلَيْهما:

أحدهما: أنه يَصِحُّ شَرْطُه؛ لما رُوِيَ أنَّه ﷺ قَالَ ذلك يَوْمَ[١] بدر، وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد ـ رحمهما الله ـ ويروى أيضاً عن مالك ـ رحمه الله ـ.

وأصحُّهما: المَنْعُ كما لا يجوزُ شَرْط شيء من الغنيمة لغَيْرِ الغانِمِينَ، والحديث مما تكلَّموا في ثبوته، وبتقديرِ ثُبُوته، فإنَّ غنائمَ بَدْرٍ كَانَتْ له خاصَّةً يضعها حيْثُ يشاء.

آخر: من ظهر منه في الحرب مبارزة، وحُسْن إقدامٍ، وأثرٌ محمودٌ، أُعْطِيَ سهمَهُ من الغنيمة وزِيدَ مِنْ سهم المَصَالِحِ ما يليق بالحال.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَأَمَّا الرَّضْخُ فَهُوَ مَالٌ تَقْدِيرُهُ إِلَىٰ رَأْيِ الإِمَامِ بِشَرْطِ أَلاَّ يَزِيدَ عَلَىٰ سَهْمِ وَاحِدٍ مِنَ الغَانِمِينَ بَلْ يَنْقُصَ، وَيُصْرَفُ إِلَىٰ العَبِيدِ وَالصِّبْيَانِ وَالنِّسَاءِ، وَنُقْصَانُهُ عَنِ السَّهْمِ لِنُقْصَانِ حَالِهِمْ، وَكَذا الكَافِرُ (و) إِنْ حَضَرَ بِإِذْنِ الإِمَامِ (و) يُرْضَخُ لَهُ، وَفِي مَحَلِّهِ ثَلاثَةُ أَقْوَالٍ: (أَحَدُهَا) أَنَّهُ مِنْ أَصْلِ الغَنِيمَةِ كَأُجْرَةِ النَّقْلِ وَالحَمْلِ (وَالثَّانِي): أَنَّهُ مِنْ خُمُسِ الخُمُسِ كَالنَّفَلِ (وَالثَّالِثُ): أَنَّهُ مِنَ الأَخْمَاسِ الأَرْبَعَةِ لِأَنَّهُ سَهْمٌ مِنَ الغَنِيمَةِ إِلاَّ أَنَّهُ دُونَهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الأمر الثاني[٢]: الرَّضْخ: فالعَبِيدُ والصِّبْيَان والنِّسَاء والخَنَاثَىٰ والزَّمْنَىٰ

---

(١) قال الحافظ: والحديث تكلموا في ثبوته، وبتقدير ثبوته فإن غنائم بدر كانت له خاصة يضعها حيث شاء، أما الحديث فروى الحاكم من حديث عبادة بن الصامت: أن رسول الله ﷺ حين ألتقى الناس ببدر نفل كل امرىء ما أصاب، وهو من رواية مكحول عن أبي أمامة عنه، وقيل لم يسمع منه. وروى أبو داود والحاكم من حديث عكرمة عن ابن عباس: أن النبي ﷺ قال يوم بدر: «من قتل قتيلاً فله كذا»، ومن أسر أسيراً فله كذا، فذكر الحديث بطوله، وصححه أيضاً أبو الفتح في الاقتراح على شرط البخاري، قال البيهقي. وروينا في حديث سعد بن أبي وقاص في سرية عبد الله بن جحش قال: وكان الفيء إذ ذاك من أخذ شيئاً فهو له، وأما الجواب الثاني فمستقيم لأن الأحاديث كلها بينة ظاهرة في أن ذلك قبل بدر، وأما ما بعد بدر فصار الأمر في الغنيمة إلى القسمة، وذلك بين في الأحاديث، حديث ابن عباس المتقدم ذكره وغيره.

(٢) الرضخ في اللغة: إعطاء القليل، وفي الشرع إعطاء شيء دون سهم المجاهد يجتهد الإمام في قدرة لأنه لم يرد عن الشرع فيه تحديد، فيرجع فيه إلىٰ رأي الإمام، وعليه أنه يفاوت بين اَلْمُرْضَخ لَهُمْ فيعطى كلاً بمقدار نضعه وغنائه وما يقوم به من عمل، واستثنى الحنفية الذمي يقوم بنوع من الدلالة فجوزوا زيادة رضخه على السهم إذا كان في دلالة منفعة عظيمة، ولا يلزم من=

وأَهْلُ الذِّمة، لا يُسْهَمُ لهم من الغنيمة؛ رُوِيَ أَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنهما - «سُئِلَ عَنْ النِّسَاءِ: هَلْ كُنَّ يَشْهَدْنَ ٱلْحَرْبَ مع رسول الله ﷺ، وهل كان يضرب لهنَّ بسَهْم، فقال: كنَّ يشْهَدْنَ الحرْبَ[1] فأما أَنْ يُضْرَبَ لَهُنَّ بِسَهْم، فلا» ولأنَّهم ليسوا من أَهْل فَرْض الجهَادِ، فلا يشاركون أهل الكمال في ٱستحقاق السهْم، لا وجه لحرمانهم، إذا

= ذلك تسويته بالمجاهدين لأن ما يأخذه بمنزلة الأجرة، فيعطى بالغاً ما بلغ.

ذهب الجمهور من الحنفية، والشافعية، والحنابلة إلى أنه لا يسهم للمرأة، والصبي، والعبد، بل يرضخ لهم، وذهب الإمام مالك في المشهور عنه إلى أن الذين لا يسهم لهم لا يرضخ لهم أيضاً، وله في الصبي إن أجيز وقاتل خلاف:

وحكى الشوكاني عن الأوْزاعي أنه يسهم للمرأة، والصبي وهذا هو مشهور المذاهب.

استدل الجمهور بما رواه أحمد، ومسلم عن عبد الله بن عباس أن النبي ﷺ كان يَغْزُوْ بِالنِّسَاءِ فَيُداوِيْنَ الجَرْحَىٰ وَيُحذين مِنَ الغنيمة، «وأما بسهم فلم يضرب لَهُنَّ» وعنه: كان رسول الله ﷺ «نُعْطَي الْمَرأة وَالمَمْلُوكَ مِنَ الْغَنَائِمِ. دُوْنَ مَا يُصِيبُ الجَيْشُ» رواه أحمد - وعنه أيضاً «أَنَّهُ كَتَبَ إلى نَجْدَةَ الحروري سَأَلْتُ عَنِ الْمَرْأَةِ وَالعَبْدِ هَلْ كَانَ لَهُمَا سَهْمٌ مَعْلُوْمٌ إِذَا حَضَرا الْبَاسُ، وَإِنَّهُ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا سَهْمٌ مَعْلُومٌ إِلاَّ أَنْ يُحْذَيَا مِنْ غَنَائِمِ الْصَوْمِ» رواه أحمد، ومسلم.

وليس للإمام مالك على منع الرضخ دليل معروف. قال الشوكاني والظاهر أنه لا يُسْهِمُ لِلنِّسَاءِ، والصبيان، والعبيد، والذميين وما ورد من الأحاديث مما فيه إشعار بأن النبي ﷺ أسهم لأحد من هؤلاء فينبغي حمله على الرضخ، وهو العطية القليلة. جمعاً بين الأحاديث، وقد صرح ابن عباس بذلك. وكذلك صرح حديث عمير مولى آبي اللحم فإنه فيه أن النبي ﷺ رَضَخَ لَهُ بِشَيْءٍ مِنَ الأَثَاث وَلَمْ يُسْهِمْ لَهُ. وبذلك يتعين حمل ما جاء في مرسل الأوزاعي أن النبي ﷺ أَسْهَمَ لِلصِّبْيَانِ بِخَيْبَرَ، رواه الترمذي وما في مرسل الزهري أنه ﷺ أَسْهَمَ لِقوْم مِن الْيَهُودِ قَاتَلُوْا مَعْهُ» رواه الترمذي، وأبو داود في الوسيلة وما عن حَشْرَجَ أنه ﷺ أَسْهَمَ لِلنِّسَاءِ رواه أحمد وأبو داود - ويحمل ذلك كله على مجرد العطية جمعاً بين الأحاديث.

اختلف الفقهاء في مأخذ الرضخ فذهب الحنفية والشافعي في قول له وأحمد في رواية عنه إلى أنه من أصل الغنيمة، والحجة في ذلك أنه من أعوان المجاهدين فجعل حقه في أصل الغنيمة كالنقال والحافظ وذهب الشافعي في أظهر الأقوال عنده، وأحمد في رواية عنه إلى أنه من الأخماس الأربعة، والحجة في ذلك أنه من المجاهدين فحقه في الأخماس الأربعة.

وذهب الشافعي في قول ثالث له إلى أنه من خمس الخمس المرصد للمصالح. وذهب الإمام مالك إلى أنه من الخمس كله والحجة في ذلك أنه من أهل المصالح فحقه في سهمها.

والراجح المذهب الأول؛ لأنه لم يصل إلى درجة المجاهدين حتى يعتبر منهم، ولأن عمله أشق من عمل أرباب المصالح فلا يصح اعتباره منهم.

(١) أخرجه مسلم وأبو داود من حديثه مطولاً وفيه: ويحذين من الغنيمة، وفي رواية لأبي داود: قد كان يرضخ لهن، ويعارضه حديث حشرج بن زياد عن جدته أن النبي ﷺ أسهم لهن كما أسهم للرجال، أخرجه أبو داود والنسائي في حديث، وحشرج مجهول، وروى أبو داود في المراسيل من طريق مكحول: أن النبي ﷺ أسهم للنساء والصبيان والخيل، وهذا مرسل.

كَثَّروا السَّوَاد، وأعانوا المسلمين، فيرضخ لهم بشيء وحَكَى أبو الفرج الزاز قولَيْن: في أنه مستحَبٌّ أَو مستحَقٌّ، والمشهور الاستحقاقُ، لم يترك رسولُ الله ﷺ الرَّضْخَ قط، ولنا فِيهِ أسوةٌ حسنةٌ، ثم يجتهد الإمامُ في تقديره، ولا يبلغ به سهْمَ واحدٍ من الغانمين، فلا يبلغ به سهم راجلهم، إنْ كان من يُرْضَخُ له راجلاً، وإنْ كان فارساً، فهل يجوز أن يبلغ به سهْم راجِلِهِمْ؟ فيه وجهان؛ بِناءً على أنه، هَلْ يجوز أنْ يَبْلُغَ تعزيرُ الحُرِّ حَدَّ[1] العبيد، ولا فَرْقَ بين أنْ يَكُونَ حضُورُ العبيد بِإذْنِ السَّادَةِ والصِّبْيَان والنِّسَاء، بِإذْنِ الأولياءِ والأزواجِ، أو بغَيْر إذْن، أما الذِّمِّيُّ: إذا حضر بغير إذنِ الإمام؛ فإنَّه لا يستحقُّ شيئاً؛ لأنه متَّهَمٌ بموالاة أَهْلِ دينه، بل للإمام تعزيرُهُ، إذا أدَّى اجتهادُه إلَيْه، وفيه وجهٌ: أنه يستحقُّ الرضْخَ، والمسألةُ بما فيها من الخلافِ مذكورة في كتاب «السِّيَرِ»، وإنْ حضر بالإذْنِ، فإنْ كان قد اسْتَأْجَرَهُ، فليس له إلاَّ الأجْرَةُ، وإلاَّ فلَهُ الرضْخُ، وفي بعض الشُّرُوح وجْهٌ: أنَّه لا شَيْءَ له، وعن أبي إسْحَاقَ: أنَّه إنَّما يستحقُّ الرضْخَ، إذا قاتل؛ بخلاف سائر مستحقِّي الرضْخِ؛ لأن المدفوعَ إلَيْه في معْنَى الأجرةِ فلا بدَّ من العمل، ونساءُ أَهْلِ الذمةِ، إذا خَرَجْنَ بإذْنِ الإمام، لهُنَّ الرضْخُ على أصحِّ الوجهَيْن؛ كنساء المسلمين، ويفضل الإمامُ بين أهل الرَّضْخِ عَلَىٰ حَسَبِ ما يرَىٰ من غنائمهم؛ فيزيد المقاتِلَ، ولمن قتاله أكثَرُ عَلَىٰ غيره [والفارس على الراجل] ويفضل المرأة التي تداوِي الجَرْحَىٰ، وتسقي العطشَىٰ على التي تَحْفَظُ الرَّحْلَ بخلاف سَهْم الغنيمة، حيْثُ يسوِّي فيه بين المقاتل، وغيره، وفرق بعضٍ بينهما بأن الغنيمة: منصوص عليها [والرضخ مجتهد فيه، فجاز أن يختلف كدية الحرِّ، لما كان منصوصاً علَيْه][2] لم يختلف، وقيمة العبد مجتهدٌ فيها، فاختلفت، ومن أين يُرضَخُ لهم؛ أما العبيد والنساء والصبيان، ففيه ثلاثة أقوالٍ، وربما قِيل: أوجه:

أحدها: مِنْ أصْلِ الغنيمة؛ كأجرةِ النَّقْلِ، والحَمْلِ، والحِفْظ؛ لأنَّ حضورهم لمصلحة الغَنِيمَة، والغانمين؛ فإنَّهم يسقون الماءَ، ويحفظون الرحل، ويكفون المؤن، فيتفرَّغ الغازون لشأنهم.

والثاني: من خُمُس الخُمُسِ بسهم المصالح؛ لأنهم لَيْسُوا مِنْ أهل أربعةِ أخماس، الخمس، ولا هُمْ عَلَىٰ صفات الغانمين؛ فكان الدفْعُ إلَيْهم من المصالح.

---

(١) قضية البناء ترجيح الجواز لكن الماوردي قطع بالمنع. قال في الخادم: لكنه ـ يعني الماوردي رجح في كتاب السير أنه يبلغ به سهم ـ راجل ولا يبلغ به سهم فارس. وكذا نقله عن صاحب البحر هناك ـ ثم قال الزركشي ـ: وهذا الذي رجحه الماوردي هو الذي أجاب به الإمام وقضية كلام الدارمي أنه المنقول.

(٢) سقط في: ز.

والثالث: وهوَ الأصحُّ: أنَّه من الأخماس الأربعةِ المقْسُومة بَيْن الغانِمِينَ، لأنه سَهْمٌ من الغنيمة مستَحَقٌّ بحضور الوقْعَة إلاَّ أنه ناقِصٌ.

وأما أهل الذِّمَّةِ، فأصَحُّ الطريقين: أَنَّ رَضْخَهم كرضْخِ العبيد.

والثاني: القَطْع بأنَّهم يُعْطَوْنَ من خُمُس الخُمُس؛ لأنهم يُعْطَوْن لمجرَّد المصْلَحة وغيرهم بحضور الوقْعَة، ومنهم مَنْ خصَّص هذا القَوْلَ برَضْخ أهل الذِّمَّة، ولم يثبت في حقِّ غيرهم إلاَّ القَوْل الأوَّل والثَّالث، وحيْثُ قلْنا: إنَّ الرضْخ من أصْلِ الغنيمة، فيبدأ الإمَامُ به، كما يبدأ بالسَّلَب، ثم يقسم الباقِي خُمُساً وأربعة أخْمَاسٍ.

وأما لفظُ الكتابِ، فقوله: «وأما الرضْخُ: فهو مالٌ تقديرُه إلَىٰ رأي الإمام تمام الكلام بعد قوله: «يصرف إلى العَبِيدِ والصبيانِ والنساء» كأنه قال: الرضْخُ: مالٌ يصرف إلَيْهِم، وقدْرُه يتْبَعُ فيه رأْيَ الإمام، ويُشْتَرَطُ ألا يزيد علَىٰ سَهْم واحدٍ من الغانمين، وإنما قال: بَلْ ينقص؛ لأنه قال: أوَّلاً بشرط ألا يزيد، ولا يكتفَي بأنْ لاَ يزيدَ فاحتاج إلَىٰ استدراكٍ، ولو قال: بشرط ألا يبلغ سَهْمَ واحدٍ من الغانمين، لاستغنَىٰ عن الجَمْع بين الكلمَتَيْنِ، ثم ظاهرُ لفظه يُوافِقُ الوجْهَ الذاهِبَ إلَىٰ أنَّ سهْمَ ذي الرَّضْخ، وإنْ كان فارِساً، لا يبلغ سهْمَ الرَّاجل من الغانِمِينَ، كما لا يبلغ سَهْم الفارِسِ منْهم، وأنهُ مُطْلَقٌ، وبذلك أجاب الماوَرْدِيُّ ـ رحمه الله ـ.

وقوله: «وكذا الكافِرُ، إنْ حَضَر بإِذْنِ الإمام، يُرْضَخُ لهم» يجوز أنْ يُعْلَم بالواو؛ لِمَا سَبَقَ، ثم في التقييد إشارةٌ إلَىٰ أنَّه حضَر بغَيْر إذن الإمام، لم يرضخ له، وهو الظاهرُ، ولكنْ يجوز أنْ يعلم بالواو؛ لما سَبَق وقوله: «من خمس الخُمُس، كالنفل» يعني على الأصحِّ من الخلاف الَّذي مَرَّ في النفل.

فُرُوعٌ: **أحَدُهَا**: إذا انفردَ العبيدُ، والنِّسَاء، والصِّبْيَان بغَزْوةٍ، وغنموا، خمست ثم في الباقي ثلاثةُ أوجهٍ محكيَّةٍ في «الشَّامل» عن أبي إسحاق، وهو الأصحُّ عند القاضي أبي الطَّيِّبِ، أنه يقسم بينهم، كما يقسَّم الرضْخُ عَلَىٰ ما يقتضيه الرأْيُ من التسْوية والتَّفضِيل.

والثاني: يُقَسَّمْ كما تقسَّم الغنيمةُ للفَارِس ثلاثةُ أسهم، وللراجل سَهْم.

والثالث: يُرْضَخ لهُمْ، ويجعل الباقِي في بيت المالِ، وخصَّص هذا الوجه في «التَّهذيب» بالصِّبْيَان والنساءِ، ولم يذكر في العبيد إلاَّ أنَّه لسادَاتِهِمْ، وحكى أنَّه لو سُبِيَ مراهِقُون ومجانِينُ صغاراً، حكم بإسلامهم تبعاً لهم، ولو كان مع أهل الرضْخ واحدٌ من أهْلِ الكَمَال، فيرضخ لهم، والباقي لذلك الواحِدِ، ولا يُخمَّسُ ما أخذه الذِّمِّيون من أهلِ الحَرْب؛ لأنَّ الخمس حقٌّ يجب على المُسْلمين؛ كالزَّكَاةَ[1].

---

(١) ما جزم به الشيخ نقله الداركي عن نص الشافعي.

والثاني: مَنْ قاتل من أهل الكَمَال أَكْثَرَ من غيره، فيُرْضَخُ له مع السَّهم، كذلك ذكره المَسْعُودِيُّ، وصاحب «التهذيب» ومنهم: مَنْ ينازع كلامه فيه، وقيل: يزاد من سهم المصالح ما يَلِيقُ بالحال.

الثالث: لو زَالَ نقصانُ أَهْلِ الرضخ فيعتق العبد، واسلمَ الكافر، وبلغ الصبي قَبْل انقضاءِ الحَرْب، أسهم لَهُمْ، وإنْ كان بعد انقضاءِ الحَرْب، فقد أطلق القاضي المَاوَرْدِيُّ: أنه ليس لهم إلاَّ الرَّضْخ، وينبغي أنْ يجيء في الزَّوال بَعْد انقضاءِ الحَرْب وقبل حيازة المالِ [الخلافُ الذي سنذكره في استحقاق مَنْ حضر بَعْدِ انقضاء الحَرْبِ وقبل حيازة المال][1].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **أَمَّا السَّلَبُ فَهُوَ ما يُوجَدُ مَعَ القَتِيلِ مِنْ ثِيَابِهِ وَسِلاَحِهِ وَزِينَتِهِ يَسْتَحِقُّهُ قَاتِلُهُ بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ القَتِيلُ مُقْبِلاً وَالقَاتِلُ رَاكِباً لِلغَزْوِ، فَلَوْ رَمَىٰ مِنْ حِصْنٍ، أَوْ مِنْ وَرَاءِ الصَّفِّ وَقُتِلَ، أَوْ كَانَ القَتِيلُ مُنْهَزِماً أَوْ غَافِلاً فَقُتِلَ لَمْ يَسْتَحِقَّ، وَيَسْتَحِقُّ بالإِثْخَانِ، فَإِن قَتَلَهُ غَيْرُهُ فَالسَّلَبُ لِلْمُثْخِنِ، فَإِنْ اشْتَرَكَا فِي الإِثْخَانِ فَالسَّلَبُ لَهُمَا، وَإِذَا أَسَرَ كَافِراً اسْتَحَقَّ سَلَبَهُ (و)، وَفِي اسْتِحْقَاقِ رَقَبَتِهِ إِذَا رُقَّ، أَوْ بَدَلِهِ إِذَا فَادَىٰ نَفْسَهُ قَوْلاَنِ، وَالذِّمِّيُّ لاَ يَسْتَحِقُّ (و) السَّلَبَ، وَفِي مُسْتَحِقِّ الرَّضْخِ إِذَا قُتِلَ خِلاَفٌ، وَالخَاتَمُ وَالسِّوَارُ وَالمَنْطِقَةُ مِن السَّلَبِ عَلَى الأَظْهَرِ (و)، وَالحَقِيبَةُ المَشْدُودَةُ عَلَىٰ فَرَسِهِ، وَكَذَا الجَنِيبَةُ لَيسَ مِنَ السَّلَبِ عَلَى الأَشْهَرِ، وَفِيمَا مَعَهُ مِنَ الدَّنَانِيرِ قَوْلاَنِ، وَالأَشْبَهُ بِالحَدِيثِ أَنَّهُ لاَ يَخْرُجُ الخُمُسُ مِنَ السَّلَبِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ[2]: السَّلَبُ للقاتل؛ لما رُوِيَ أنَّ النبيَّ ﷺ: أُعطَىٰ سَلَبَ مَرْحَبٍ يَوْمَ

---

(١) سقط في: ز.

(٢) [السَّلب هو ثياب القتيل وآلات حربية كالسيف، والرمح، والدرع والدابة التي يركبها والتي تكون بجانبه، وما معه من حلي ومال على خلاف لبعض الفقهاء في بعض ما ذكر] والأمر فيها هيّن يسير.
واختلف الفقهاء في أنَّ السلب حق للقاتل أو حقّ للإمام إن شاء وعد بالتنفيل به وإن شاء وضعه في الغنيمة.
فذهب الإمام الشافعي، وأحمد، والليث، وغيرهم إلى أن السلب للقاتل بشروط ذكرت في كتبهم سواء قال الإمام من قتل قتيلاً فله سلبه أم لا، فاستحقاق القاتل له حكم شرعي ثابت في نفسه لا يتوقف على جعل الإمام وقال الحنفية والمالكية والثوري: إن القاتل لا يستحق إلا أن يشترط له الإمام، وهو عندهم من النفل.
استدل الشافعي، ومن معه بقوله ﷺ في حديث طويل متفق عليه عن أبي قتادة: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً لَهُ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ فَلَهُ سَلَبُهُ» وبما رواه أحمد وأبو داود عن أنس رضي الله عنه: أن النبي ﷺ قال يوم حنين: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً فَلَهُ سَلَبُهُ، فَقَتَلَ أَبُو طَلْحَةَ عِشْرِينَ رَجُلاً وَأَخَذَ أَسْلاَبَهُمْ» فهذان الحديثان صريحان في أن السلب للقاتل واستدل الحنفية، ومن وافقهم بعموم قوله تعالى: ﴿واعْلَمُوا أَنَّمَا=

. . . .

= غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ الآية، والسلب مال مغنوم لأنه مأخوذ بقوة الجيش، إذ لولا الجيش لما حصل السلب، ومباشرة القتل لا عبرة بها، كما أنها لم تعتبر في منع الردء من الغنيمة بل هو، والمقاتل المباشر فيها سواء ـ وبما رواه البخاري، ومسلم من حديث جاء فيه: أن مُعَاذَ ابْنَ عَمْرُو بن الْجَمُوحِ وَمُعَاذَ ابْنَ عَفْرَاءَ ضَرَبَا أبا جهل بسيفيهما حَتَّى قتلاه فأتيا رسول الله ﷺ فَقَالَ: أَيُّكُمَا قَتَلَهُ؟ فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُما: أَنَا قَتَلْتُهُ، فَنَظَر فِي السَّيْفَيْنِ فَقَالَ: كلاكمَا قَتَلَهُ، وَقَضَىٰ بِسَلْبِهِ لِمَعَاذِ بْنِ عَمْرُو بنِ الجُموحِ» فهذا الحديث نصّ على أن السلب ليس للقاتل، بل هو بتعيين الإمام وبما روي عن طريق عمرو بن واقد عن موسى بن يسار عن مكحول عن جنادة بن أبي أمية أن حبيب بن مسلمة قتل قتيلاً فأراد أبو عبيدة أن يخمس سلبه فقال له حبيب: إن رسول الله ﷺ قضى بالسَّلب للقاتل فقال له معاذ: مهلاً يا حبيب سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إِنَّمَا لِلْمَرءِ مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسُ إِمَامِهِ» وهذا الحديث أيضاً يدلّ على أن السلب ليس للقاتل، إذ لو كان له لما توقف على طيب نفس الإمام.

ورد على الحنفية في استدلالهم بالآية أنَّ السلب حقيقة من الغنيمة وتشمله الآية؛ ولكن الرسول عليه الصلاة والسلام بيّن أنه خارج من حكم الغنيمة كما خصت الآية بكثير غير السلب كالقاتل الذمي، وقاتل النساء، والصبيان، وغيرهم ممن لم يقاتل، وإنما جعله ﷺ للقاتل في مقابلة مخاطرته بنفسه رغبة منه في إعلاء كلمة الله تعالى وأما حديث الصحيحين فقد أجيب عنه بأن في سياق دلالة على أن السلب يستحقه من أثخن في القتل ولو شاركه غيره في الضرب أو الطعن، وإنما حكم بالسلب لمعاذ بن عمرو بن الجموح، لأنه رأى أن ضربته هي المؤثرة في قتله لعمقها وظهور أثرها، قال المهلب: «وإنما قال كلاكما قتله وإن كان أحدهما هو الذي أثخنه لتطيب نفس الآخر».

أما حديث حبيب بن مسلمة، ففيه عمرو بن واقد وهو منكر الحديث كما قاله البخاري وغيره.

وقد ورد على ما استدل به الشافعي، ومن معه من قوله عليه الصلاة والسلام: «مَنْ قَتَلَ قَتِيْلاً فَلَهُ سَلْبُهُ» أن النبي ﷺ إنما قاله يوم حنين، وقد هُزِمَ المسلمون تحريضاً لهم على القتال، قال الإمام مالك: لم يبلغني ذلك في غير حنين، وأجاب الشافعي، ومن معه بأن ذلك حفظ عن النبي عليه الصلاة والسلام في عدة مواطن منها يوم بدر، ويوم أحد، فقد قَتَلَ حاطب بن أبي بلتعة رجلاً فسَلَّمَهُ رسول الله ﷺ سَلْبَهُ كما أخرجه البيهقي، وفي غزوة مؤتة وفي وقائع كثيرة، واحتج به الصحابة بعد وفاة الرسول ﷺ في كل مرة خولف فيها أمره عليه الصلاة والسلام. ورُدَّ على الشافعية في تخصيص آية الغنيمة بحديث السلب أن هذا لو كان على سبيل الشرع العام، وهو موضع النزاع. وورد عليهم أن قوله عليه السلام «كِلاَكُمَا قَتَلَهُ» مع قضائه بالسلب لأحدهما ظاهر في أن أمر السلب للإمام، وما يقولونه تأويلاً لهذا بعد قوله: «فَابْتَدَرَاهُ بِسَيْفَيْهِمَا» وقوله ﷺ «كِلاَكُمَا قَتَلَهُ» بعد نظره في سيفيهما بعيد؛ لأنه يتضمن ثبوت الاشتراك في القتل ومباشرتهما له، وهو موجب لاشتراكهما في السلب والقول بأنه تطيب لنفس الآخر غير مسلّم. بل هو حرمان له بعد تقرير النبي عليه الصلاة والسلام أنه قتل مع صاحبه، والرسول ﷺ مقدر لجهة الحكم فلا يصح أن يقول هذا ثم يحكم لأحدهما فقط.

فدلّ ذلك على أن المسألة ليست شرعاً مقرراً في ذاته وإنّما هي ترجع إلى رأي الإمام، وقد رأى إعطاء أحدهما دون الآخر وهو الذي يقدر عوامل الإعطاء والحرمان. =

خَيْبَر مَنْ قَتَلَه(١)، وعن أبي قتادة ـ رضي الله عنه ـ قال: خَرَجْنَا مع رسُولِ الله ﷺ يَوْمَ حنين فَرَأَيْتُ رَجُلاً مِنَ المُشْرِكِينَ عَلاَ رَجُلاً مِنَ المُسْلِمِينَ، فَاسْتَدَرْتُ لَهُ حَتَّىٰ أَتَيْتُهُ مِنْ وَرَائِهِ، فَضَرَبْتُهُ عَلَىٰ حَبْلِ عَاتِقِهِ ضَرْبَةً، فَأَقْبَلَ عَلَيَّ، فَضَمَّنِي ضَمَّةً وَجدتُّ فِيهَا رِيحَ المَوْتِ، ثُمَّ أَدْرَكَهُ المَوْتُ، فَأَرْسَلَنِي إِلَىٰ أَنْ مَات، فَقَالَ ﷺ: «مَنْ قَتَلَ قتيلاً لَهُ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ، فَلَهُ سَلَبُهُ؛ فَقُمْتُ، فَاقْتَصَصْتُ عَلَيهِ القِصَّةَ، فقال رَجُلٌ: صَدَقَ يَا رَسُولَ الله، وسَلَبُ ذَلِكَ الْقَتِيلِ عِنْدِي، فقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَأَعْطِهِ إِيَّاهُ» فأَعْطَانِيهِ فَابْتَعتُ بِهِ مخرفاً في بني سلمة فإنه لأَوَّلُ مال تأثلته في الإِسْلام.

والكَلاَم في سببِ استحقاقِ السَّلَبِ، وفي المستحِقِّ، وفي السَّلِب نفسه، وفي كيفية إخراجه من الغَنَائِم: أما سبب الاستحقاق: فقد قال في «الوسيط» في ضبطه: هو ركوبُ الغرر في قهر كافرٍ مُقْبِلٍ على القتال بما يَكْفِي شَرَّهُ بالكُلِّيَّة، وفيه قيودٌ:

أحدها: ركوبُ الغرر، فلو رَمَىٰ مِنْ حصنٍ إِلَىٰ كافرٍ أو من وراءِ الصَّفِّ، وقتل لم

= وبعد هذا فالسلب نوع من التحريض، والتحريض أمره موكول إلى الإمام في أصله ونوعه فهو الذي يشترطه، وهو الذي يتصرف فيه بما يرى، وقد جاء في مسلم، وأبي داود حديث عوف بن مالك الأشجعي، وهو ظاهر في أن مرجع السلب إلى الإمام، وهذا هو الحديث. عن عوف بن مالك قال: قَتَلَ رَجُلٌ مِنْ حِمْيَرَ رَجُلاً مِنَ الْعَدُوِّ فَأَرَادَ سَلْبُهُ فَمَنَعَهُ خَالِدُ بْنُ الْوَلِيْدِ، وَكَانَ وَالِياً عَلَيْهِمْ، فَأَتَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَوْفُ بْنُ مَالِكِ فَأَخْبَرَهُ بِذَلِكَ فَقَالَ لِخَالِدِ مَا مَنَعَكَ أَنْ تُعْطِيَهُ سَلْبَهُ؟ فَقَالَ: اسْتَكْثَرْتُهُ يَا رَسُولَ اللَّهِ قَالَ: ادْفَعْهُ إِلَيْهِ فَمَرَّ خَالِدٌ بِعَوْفٍ فَجَرَّ بِرِدَائِهِ ثُمَّ قَالَ: هَلْ أَنْجَزْتُ لَكَ مَا ذَكَرْتُ لَكَ مِنْ رَسُوْلِ اللَّهِ ﷺ؟ فَسَمِعَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَاسْتَغْضَبَ فَقَالَ: لاَ تُعْطِهِ يَا خَالِدُ هَلْ أَنْتُمْ تَارِكُوْنَ لِي أُمَرَائِي؟ إِنَّمَا مَثَلُكُمْ وَمَثَلُهُمْ كَمَثَلِ رَجُلٍ اسْتَرْعَىٰ إِبِلاً وَغَنَماً فَرَعَاهَا ثُمَّ تَحِيَّنَ سُعْيَهَا فَأَوْرَدَهَا حَوْضاً فَشَرَعَتْ فِيهِ فَشَرِبَتْ صَفْوَهُ وَتَرَكَتْ كَيْدَهُ، فَصَفْوُهُ لَكُمْ وَكَدِرُهُ عَلَيْهِمْ» رواه أحمد، ومسلم، فهذا الحديث يرد على من قال: أن النبي عَلَيْهِ السَّلَامُ لَمْ يقل من قتل قتيلاً فله سلبه إلا يوم حنين، فإن هذه الواقعة كانت في غزوة مؤتة، وهي قبل حنين، ويدل أيضاً على أن السلب موكول إلى الإمام ألا ترى أنه ﷺ مَنَعَ خَالِداً مِنْ إِعْطَاءِ السَّلَبِ بَعْدَمَا أَمَرَهُ بِهِ، وَلاَ يَكُونُ... ذلك، والقضاء بالسلب شرع لازم للقاتل والقول بأن رد السلب كان زجراً لعوف بمنعه أن عوفاً لم يكن هو صاحب الحق حتى يُزْجَرَ بِمَنْعِهِ، وإنما صاحبه المددي الذي كان مع عوف، وهو لم يتجرأ على خالد، ولم يصدر منه ما يستحق به الزجر، والزجر إنما يكون لمن أذنب **﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾**، وكيف يزجر إنسان بمنع آخر حقه؟

(١) قال الحافظ: رواه الحاكم بإسناد فيه الواقدي، ضرب محمد بن مسلمة ساقي مرحب فقطعهما. ولم يجهز عليه، فمر به علي فضرب عنقه، فأعطى رسول الله ﷺ محمد بن مسلمة، وروى الحاكم أيضاً بسند منقطع فيه الواقدي أيضاً: أن أبا دجانة قتله، وجزم ابن إسحاق في السيرة بأن محمد بن مسلمة هو الذي قتله، والصحيح أن علي بن أبي طالب هو الذي قتله كما ثبت في صحيح مسلم من حديث سلمة بن الأكوع، وفي مسند أحمد عن علي لما قتلت مرحباً أتيت برأسه إلى رسول الله ﷺ. متفق عليه.

يستحِقُّ، وكذا لو رَمَىٰ من صفِّ المسلمين إِلَىٰ صفِّ الكفار، فأصاب واحداً منهم، فقتَلَهُ لأنَّ السلب في مقابلةِ احتمالِ الخَطَرِ.

والثاني: إقبالُ الكافرِ على القِتَال، وليس المرادُ منه اشتغالَهُ بالقتالِ حينَ قُتِلَ، لأنهما لو تقاتَلاَ زماناً، ثم هَرَبَ، فقتَلَهُ المسلمُ في إدباره، قال الأصحاب: يستحقُّ سلبه، ولا يشترط أيْضاً أنْ يكون مقاتلته مع قاتله، بل لو قَصَدَ كافرٌ مُسلِماً، فجاءَ مسلمٌ آخَرُ من ورائه، وقتله، استحَقَّ سلبه كما دلَّ عليه حديثُ أبي قتادة، بل المَرْعِيُّ ما ذكره أصحابُنَا العراقيُّون ـ رحمهم الله ـ: وهو أنْ يقتلهُ مُقْبِلاً أو مُدْبِراً، والحربُ قائمةٌ، فأما إذا انهزم جَيْشُ الكافرين، فاتبعهم، وقَتَلَ واحداً منهم، لم يستحقَّ سلَبَهُ؛ وذلك لأنهم، لِما انهزموا، فقد اندفع شرهم، وما دامت الحربُ قائمةً، فالشر متوقَّعٌ، والمولِّي لا يؤمَنُ كَرَّتُهُ، ولو قُتِلَ الكافرُ، وهو أسيرٌ في يده، أو نائمٌ، أو مشغولٌ بأكْلٍ ونحوه، أو مثخَنٌ زائلُ الامتناع، لم يستحقَّ سلبه؛ [لأن النبي ﷺ] لم يُعْطَ ابنُ مسعودٍ ـ رضي الله عنه ـ سَلَبَ أبي جَهْلٍ؛ لأنه كان قد أثْخَنَهُ فِتْيَانٌ مِنَ الأنْصارِ، وهما: مُعَاذٌ ومُعَوِّذٌ ابْنَا عَفْرَاءَ[1].

وقوله في الكتاب بشرط أنْ يكونَ القتلُ مُقْبِلاً، والقَاتِلُ راكباً للغزو إشارةٌ إِلَىٰ هذَيْن القَيْدَيْن، ويمكن أنْ يستغنَىٰ بأحدهما عن الثاني، فإنه إذا كان القتيل مقبلاً على القتال، كان القاتل راكباً للغزو، وإنما يكون القاتل راكباً للغزو، إذا كان القتيلُ مقبلاً ولفظُ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ لا يتعرَّض إلاَّ لإقْبَالِ الكافِرِ، وقيامِ الحَرْبِ.

القيدُ الثَّالِثُ: قَهْرُهُ بما يكْفِي شَرَّهُ بالكلية، إما بالقَتْلِ أو بالإثْخَان، أو إزالةِ الامْتناع؛ بأنْ يعميه أو يقطع يَدَيْه ورجْلَيْه، ولا يلحق به قَطْع يدٍ واحدةٍ أو رجْلٍ واحدةٍ، وإنْ قَطَعَ يَدَيْهِ أو رِجْلَيْهِ أو يداً ورجلاً، فقولان:

أحدهما: أنه ليس بإثْخَانٍ، لأنه لا يكْفِي شرّه بالكلية، فإنه بعد قطع الرجْلَيْنِ قد يُقَاتِلُ راكباً بيديه، وبعد قَطْع اليَدَيْنِ قد يَهْرُبُ، ويجمع القَوْم.

وأشبههما: أنه إثخانٌ، كما لو فقأ عَيْنَيْهِ، وهذا ما أورده المزنيُّ، وبه أجاب

---

(١) متفق عليه من حديث أنس قال: قال رسول الله ﷺ: من ينظر ما صنع أبو جهل؟ فانطلق ابن مسعود فوجده قد ضربه ابنا عفراء حتى برد، فأخذه بلحيته، فقال: أنت أبو جهل، الحديث ولهما من حديث عبد الرحمن في قصة قتل أبي جهل مطولاً وفيه: فانصرفا إلى رسول الله ﷺ فقال: أيكما قتله؟ قال كل واحد منهما: أنا قتلته، فنظر إلى السيفين فقال: كلاكما قتله، وقضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح، وكان الآخر معاذ ابن عفراء، وفي مسند أحمد عن أبي عبيدة ابن عبد الله بن مسعود عن أبيه: أنه وجد أبا جهل يوم بدر، وقد ضربت رجله وهو صريع، وهو يذب الناس عنه بسيف له، فأخذته فقتلته به، فنفلني النبي ﷺ، وهو معارض لما في الصحيح، ويمكن الجمع بأن يكون نفل ابن مسعود سيفه الذي قتله به فقط.

جماعةٌ من الأصحاب، منهم القاضي الرُّويانيُّ، ولو اشترك اثْنَانِ فصاعداً في الإثخان أو القتل، فالسَّلَبُ مشتركٌ.

وحكى أبو الفرج الزاز وجْهاً: أنه لو وقع فيما بين جماعة، لا تُرْجَىٰ نجاتُه منهم، لم يختصَّ قاتله بسَلَبِهِ؛ لأنه صارَ مكْفيَّ الشَّرِّ بالوقوع فيما بينهم، وذكر أنه لو أمْسَكَهُ واحدٌ، وقتله آخرُ، كان السَّلَبُ بينهما؛ لأنَّ كفايةَ شَرِّه حصلَتْ بهما ويخالف القِصَاصُ، فإنه مَنُوطٌ بالقَتْلِ؛ وكأن هذا التصويرُ فيما إذا مَنَعهُ من أنْ يذْهَب لوجْهِه، ولم يضبطه، فأما الإِمسَاكُ الضابِطُ، فإنه أسْرٌ، وقتلُ الأسيرِ لا يُسْتَحَقُّ به السَّلَبُ، ولو أثخنه واحدٌ، ثم قتله آخر، فالسَّلَب للمثخن[1]، ولو جَرَحَهُ، ولم يثخنه، ثم قتله آخرُ، فالسَّلَبَ للثاني، وإذا أُسِرَ كافِرٌ، هل يستحق سلبه؟ فيه قولان:

أحدهما: لا لأنَّ شره كلِّهِ لا يندفع بالأسر.

وأصحُّهما: وهو اختيار الشيخ أبي حامد والقَفَّال ـ رحمهما الله تعالَىٰ ـ نعم؛ لأنَّ الأَسْرَ أصعَبُ من القتل، وأبْلَغُ في القَهْر، ولأنه إذا أُسِرَ، تمكَّن الإمامُ من القَتْل وغيره، ثُمَّ الإمامُ يتخيَّر في الأسير الَّذي لَيْس من الذُّرِّيَّة بين القتل، والاسترقاق، والمَنِّ، والمفادَاةِ علَىٰ ما سيأتِي في مَوْضِعه ـ إن شاء الله تعالى ـ فإنْ أرقَّهُ، هلْ لمن أسره رَقَبَتُهُ، وإنْ فاداه، هَلْ له مالُ الفداءِ؟ طُرِدَ فيه القولان، ومنهم: من يَقُول: فيه وجهان، ويشبه أنْ يكونَ الأظهر ها هنا المَنْعَ؛ لأن اسم السَّلَبِ لا يَقَعُ عليه وأمَّا مستحِقُّ السَّلَب، فمن يستحق سَهْمَ الغنيمة يستحقُّ السلب، وأما من لا يستحقه؛ كالعبد والصبي والمرأة، ففيه وجهان، ويقال: قولان:

أحدهما: الاستحقاقُ لعُمُومِ الخبَر، لأنهم كَفُّوا الشرَّ.

والثاني: المنع؛ لأنَّ استحقاق الغنيمة آكد مِن استحقاق السلب، فإذا لم يستحقَّ الغنيمة، فالسلب أوْلَىٰ، وعلى هذا، فلو كان القاتِلُ خنثَىٰ يوقف السلَبُ إلَىٰ أنْ يتبين حالُهُ، وفي الذِّمِّيِّ طريقان:

أحدُهما: طَرْدُ الخلافِ، وهذا ما ذكره العراقِيُّون.

والثاني: القَطْعُ بالمَنْع، والفرق أنَّ الصبيَّ والمرأة والعبد أشْبَهُ بالغانمين؛ ألا تَرَىٰ أنهم يستحقُّون بالحُضُور والكَافِرِ لا يأخُذُ إلاَّ علَىٰ سبيل الأجرة، وفي «التهذيب»: أنَّه إنْ قلْنا: يرضخُ له من الغنيمة، فهو كالعبد، وإنْ قُلْنَا: من مالِ المَصَالِحِ، فلا سَلَبَ له، وهذا إذا حَضَر الذمِّيُّ بإذْن الإمَام، أما إذا حَضَرَ بغَيْر إذْنه، فلا سلب له، وكذا

---

(١) هذا إذ كفى عشرة بإثخانه.

المخذّل، لا سَلَب له، كما لا سَهْم له، والذي أجاب به صاحبُ الكِتَابِ في حقّ الذميّ المَنْعُ، وفي الصبيّ والمرأةِ، اختار القاضِي الرُّويَانِيُّ الاستحقاقَ، ويلزم مثله في العَبْدِ بطريق الأولى؛ لزيادة العناء فيه؛ ولذلك جزم العبَّادِيُّ في «الرَّقْم» بثبوت الاستحقاقِ في العَبْد، وخصَّص الوجهين بالصبيّ والمرأة والتاجر إذا قُلْنَا: إنه لا يستحقُّ السهْمَ بالحُضُور، كالصبيّ في استحقاق السَّلَب، هذا في طرف القاتِلِ، أما الكافر المقتولِ، إنْ كان صبيّاً أو امرأةً، نُظِرَ: إنْ كان لا يُقَاتِلُ، لا يستحق سَلَبَهُ؛ لأنَّ قتله مَنْهِيٌّ عنهُ، وإنْ كان يُقَاتِلُ، استحق علَىٰ أصحِّ الوجهين، والعبدُ يلحق بالصبيّ والمرأةِ في «التهذيب» وامتنع بعْضُهم عن ذكر الخلافِ فيه، كما ذكرنا فيما إذَا كان قاتلاً.

وأما السَّلَب، فَهُو ما عليه من ثياب البَدَنِ مع الخُفِّ والرانين[1]، وما عليه من آلاتِ الحَرْب؛ كالدرع والمِغْفَرِ، والسلاح ومركوبِهِ الَّذي يُقَاتِلُ عليه، وما عليه من السَّرْج واللِّجَام، والعُقُود وغيرها، وكذا لو كان مُمْسِكاً بعنانه، وهو يقاتل راجلاً، وفيما عليه من الزينة، كالطوق، والسوار، والمنطقة، والخاتم، وفي الهميان، وما فيه من دراهم النَّفقة، قولان، ويقال وَجْهان:

أحدهما: أنها لَيْسَتْ من السَّلَب؛ كثيابِهِ وأمتعته المخلَّفة في خيمته.

وأصحُّهما: فيما ذكره الشيخ أبو حامدٍ وغيره: أنها من السَّلَب؛ لأنها مسلوبةٌ ومأخوذة من يده، وطمع القاتِلِ يمتدُّ إلَىٰ جميع ما في يدِهِ، وربما أشعر إيرادُ بعْضِهِمْ بإخراج المنْطقة من الخلاف؛ لأنها تَبَعٌ للسِّلاَح المعلَّق بها والجنيبة التي تُقَادُ بين يدَيْهِ، وفيها طريقان[2]:

أحدهما: القَطْع بالمَنْع؛ كالدوابِّ الَّتِي يَحْمِلُ عليها أثقاله.

---

(١) الران كالخف إلا أنه لا قدم له، وهو أطول من الخف.

(٢) ليس قوله التي تقاد بين يديه قيداً فالتي بجنبه وخلفه إذا كان يقودها كذلك خلافاً لما فهم بعض شراح الحاوي من قوله والجنيبة أمامه. قال في التعليق، احترز بقوله أمامه عن الجنيبة ورواه واعترض الجيلوني فقال أراد بقوله أمامه جنيبته الحاضرة معه في المعركة، ويقودها معه سواء كانت قدامه أو خلفه واحترز به عن جنيبة تركها في خيمته، فإنها لا تكون من السلب. قال: وقد زعم جماعة ممن لم يحققوا الفقه ولم يراجعوا الكتب أنه أشار بقوله أمامه إلى أن التي تقاد من خلفه ليست من السلب. وهو خطأ.

قال الزركشي: وهو كما قال والعجب منه في المهمات حيث جعل هذا التقييد من كلام الرافعي للتوضيح لا للتخصيص وزعم أن صاحب الحاوي جعله للتخصيص وغلط فيه مع أن عبارة الحاوي كعبارة الرافعي والأقلام على تخطئة الأئمة بلا دليل عجيب، وأخذه من كلام الأذرعي بعد ذلك.

نعم هل يشترط أن يكون هو قائدها أم لا؟ ظاهر كلام الرافعي والروضة لا فرق بل قولهم بين يديه مصرح بذلك، وعبارة جماعة منهم ابن الصباغ والعمراني والروياني في الحلية يفهم الأول=

وأظهرَهُمَا: وبه قال القاضي الماوَرْدِيُّ، والشيخ أبو حامد: طَرْدُ الخلاف؛ لأنه قَدْ يَحْتَاج إِلَيْها، فهيَ كمركوبه الَّذِي أمْسَكَ بعنانه، وهو يقاتل راجِلاً، والحقيبة المشدودة علَىٰ فرسه وما فيها من الدَّرَاهِمِ والأمتعة، طرد بعضهم الخلاف فيها، وقَطَع آخَرون بالمَنْع، وهو الأظهر.

وأما كيفية إخراج السَّلَب ففي تخميسه قولان:

أحدُهُما: أنه يخمَّس؛ كسائر أموال الغنيمة، فيدفع خمسة [إلَىٰ أهْل الخُمُس، والباقي للقَاتِلِ، وعلى هذا يخرج خُمُسُه][1] أولاً، ثم يدفع السَّلَب إلى القاتِلِ، ثم يقسَّم الباقي.

وأصحُهما: المنع؛ لظَاهِرِ قوله ﷺ: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً فَلَهُ سَلَبُه»[2] وعن عَوْفِ بْنِ مَالِكِ الأشجَعِيِّ، وخَالِدِ بْنِ الوَلِيد ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُمَا ـ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «قضَىٰ بالسَّلَبِ لِلْقَاتِلِ، ولَمْ يُخَمِّسْ السلب»[3] ولا فرق في استحقاق السَّلَب بَيْن أنْ يُقْتَلَ الكَافِر في المبارزة، وبين أنْ ينغَمِس في صفِّ العَدُوِّ، فيقتله، ولا بَيْنَ أن ينادِيَ الإمامُ؛ فيقول: «من قتل قتيلاً، فله سَلَبُهُ» أو لاَ يُنَادِي، وبه قال أحمدُ في أصحِّ الروايتَيْنِ، والرواية

= وبه صرح صاحب التعجيز في شرحه فقال: والجنيبة إن كان ممسكها فعلى وجهين، فإن لم يكن ممسكاً لم يكن سلباً كسائر ماله الذي ليس معه بيده.

وعبارة المنهاج محتملة للأمرين، والظاهر أنه أراد الثاني وإلا لقال يقودها، والحاصل أن الجنيبة على ضربين:

أحدهما: أن يقودها هو ويقاتل على غيرها فقيل سلب قطعاً وقيل قولان.

الثاني: أن تقاد معه بيد غلامه، وفيها طريقان أظهرهما وبه جزم الجمهور أنها ليست من السلب، والثاني: على قولين أو وجهين أرجحهما عندهما أنها سلب، واعتمد الرافعي هذا الترجيح؛ لأن الروياني وغيره عدوا الجنيبة من السلب.

قال الأذرعي: ولفظ الروياني: والجنيبة التي يمسكها في أصح القولين، والذي رأيته في الطريقين ما قدمته والرافعي منفرد بالترجيح في التي يقودها غيره وحاصل الضربين ثلاثة أوجه أصحها التفصيل.

(١) سقط في: ز.

(٢) متفق عليه من حديث أبي قتادة، في مسند أحمد عن سمرة بن جندب مثله، كالذي هنا سواء، وسنده لا بأس به (فائدة) وقع في كتب بعض أصحابنا أن النبي ﷺ قال ذلك يوم بدر، وهو وهم، وإنما قاله يوم حنين، وهو صريح عند مسلم، نعم وقع ذلك في تفسير ابن مردويه في أول الأنفال من طريق الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس، وروى أبو داود من حديث ابن عباس: أنه ﷺ قال يوم بدر: «من قتل قتيلاً فله كذا وكذا»، وقد تقدم، وقال مالك في الموطإ لم يبلغني أن النبي ﷺ قال: «من قتل قتيلاً فله سلبه، إلا يوم حنين»، قلت: وفي الصحيحين أنه ﷺ قضى بالسلب للقاتل. قاله الحافظ في التلخيص.

(٣) رواه أحمد وأبو داود وابن حبان والطبراني من حديث عوف وهو ثابت في صحيح مسلم في حديث طويل: فيه قصة لعوف بن مالك مع خالد بن الوليد.

الأخرَىٰ وبها قال مالكٌ وأبو حنيفةَ: أنه ليس للقاتِلِ السَّلَبَ إلاَّ إذا نادَى الإمامُ وشرطه.

لنا حديثُ أبي قتادَةَ ـ رضيَ اللَّهُ عَنه ـ المذْكورُ في أوَّل الفَصْلِ، فإنَّ قتله المشرِك، كان قَبْلَ النداء، وقد دفع إليه سَلَبُهُ، ثم السَّلَبُ معدودٌ من أصْل الغنيمة.

وعن مالك ـ رحمه الله ـ: أنه يحسب من خمس الخُمُس المَصْروف إلى المصالح، فإنْ كان بقَدْرِه، فذاك، وإنْ زاد السَّلَب، دفع إلى القاتل قَدْرُ خُمُس الخُمُس، والباقي للمصالح، وإنْ زاد خُمُس الخُمُس، دُفِع إليه السَّلَب، والباقي للمصالح، ولنرجع إلَىٰ ما يتعلّق بلفظ الكتاب، والله أعلم.

قوله: «يوجَدُ مع القتيل» إشارة فيه إلى أنَّ ما خلفه في خيمته من الثِّيَاب والسِّلاح لا يُعَدُّ من السَّلَبِ، وقوله: «وزينته» ينطبق علَىٰ أظهر القولَيْن في الخاتم والسِّوار، وقد ذكر فيها الخلاف من بعد، وقضية لَفْظِهِ هَا هُنَا إخراجُ الدنانيرِ الَّتي معه، لأنَّها لَيْسَتْ من الثياب، والسلاح ولا الزينة وقوله: «أو كان القتيلُ منهزماً» محمولٌ علىٰ ما إذا نهزَمَ مع الجيش دُون أنْ ينهزم، والصفُّ بحاله، كما بيناه وقوله: «وإنْ أَسَرَ كافراً، استحق سَلَبَهُ» مُعْلَمٌ بالواو، وكذا قولُه: «والذمِّيُ لا يستحِقُّ السَّلَب» لما مَرَّ وقوله: «وفي مستحقِّ الرَّضْخ» أي: سوى الذِّمِّي، وقوله: «الحقيبةُ المشدودةُ علَىٰ فَرَسِهِ، وكذا الجنيبة لَيْسَتْ مِنَ السَّلَبِ على الأشْهَر» هكذا هو في بعض النُّسَخ، وهو صحيحٌ، والخلافُ ثابتٌ في كلتيهما علَىٰ ما حكَيْنَا وقَطَعَ بعضُهم الجنيبة عن الحَقِيبَة، وألحق بينهما كلمةُ «فَصَار» والحقيبة المشْدُودة علَىٰ فَرَسِهِ ليست من السَّلَب، والجنيبةُ إلى آخره، ولعلَّ الحاملَ عليه أنَّ صاحِبَ الكتاب حكَىٰ في «الوسِيط»: اتفاقَ الأصْحَاب علَىٰ أنَّ الحقيبةِ لَيْسَتْ من السلب، ثم عن القاضي: أنَّه لا بُدَّ؛ من أجل الخلافِ فيها، ولَوْ جمع بَيْن الخاتَم والسِّوَار الحَقِيبَةَ، والجنيبة، والدَّنانير، وحكي الخلافَ في الجميع ـ لكان صحيحاً، لكنه فَصَلَ بينهما، ليتبيَّن الظاهر في السِّوَار، وما في معناه أنَّه من السَّلَب، وفي الحقيبة المَنْعُ، ورأى القولَيْن في الدنانير كالمتقاوِمَيْنِ، فأطلقهما إطلاقاً، وقرب الجنيبة من والحقِيبَة في ظهور المَنْع، فقال: «على الأشْهَر» لكن ذكر القاضي الرُّويانيُّ وغيره: أنَّ الأصحَّ عد الجنيبة من السَّلَب ثم ذُكر أبو الفرج الزاز: «أنا إذَا جعلْنا الجنيبةَ من السَّلَب، لم يستحقَّ إلاَّ جنيبةَ واحدةً» وعلَىٰ هذا، فيبقَىٰ النَّظَر فيما إذا كان يقودُ جنيبتن فصاعداً في أنَّ السلب أيهما، أيرجع فيه إلَىٰ تعيين الإمَامِ، أم يُقْرَعُ[1]؟

وقوله: «والأشبهُ بالحَدِيث» يجوز أنْ يريدَ بالحديث، قولُه «من قتل قتيلاً، فله

---

(١) قال النووي: تخصيص أبي الفرج بجنيبة فيه نظر. وإذا قيل به، فينبغي أن يختار القاتل جنيبة قتيله، فهذا هو المختار بل الصوابُ، بخلاف ما أبداه الرافعي والله أعلم.

سَلَبُهُ» ويجوزُ أنْ يريدَ ما رُوِيَ عن خالِدِ بْنِ الوَلِيدِ، وعوف بن مالكٍ ـ رضي الله عنهما ـ وَهُوَ الذي يَدُلُّ عليه سياقُ «الوسيط» وليعلم قوله: «ولا يخرج الخُمُس» بالميم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: أَمَّا قِسْمَةُ الغَنِيمَةِ فَفِيهَا مَسَائِلُ: الأُولَىٰ إِذَا مَيَّزَ الإِمَامُ الخُمُسَ وَالسَّلَبَ وَالرَّضْخَ وَالنَّفَلَ قَسَّم البَاقِيَ عَلَىٰ الغَانِمِينَ بِالسَّوِيَّةِ عَقَاراً كَانَ أَوْ مَنْقُولاً، وَلاَ يُؤَخِّرُ القِسْمَةَ (ح) إِلَىٰ دَارِ الإِسْلاَمِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: القول فِي قسمة الغنيمة وأحكامها يتوزَّع علَىٰ هذا الباب، وعلَىٰ كتاب «السير» نحن نشرح كلَّ قسم منْها في موضعه ـ إن شاء الله تعالَىٰ ـ فما يتعلَّق بهذا المَوْضِع أنه إذا أراد الإمامُ أو أميرُ الجيشِ القسْمَة، بدأ بالسَّلَب، فيدفعه إلى القاتل؛ تفريعاً على الصحيح، وهو أنَّ السلَبَ لا يخمَّس، ثم يخرج المُؤَن الَّتي تلزم من أُجْرَةِ الحمَّال والحافظ وغيرهما، ثم يجعل الباقِي خمسةَ أقسام متساوية ويأخذ خَمْسَ رِقَاع فيكتب على واحدةٍ: لِلَّهِ تعالَىٰ، أو للمصالح، وعلى أربعةٍ للغانمين، ويدرجها في بَنَادِقَ متساويةٍ، ويجففها، ويخرج لكلِّ قسم رقعةً، فما خرج عليه اسمُ اللَّه تعالَىٰ، جعله بين أَهْلِهِ على خمسة أسهم، وفيه يقع النَّفَلُ على الظاهرِ مِنَ الخلافِ المذْكُور فيه، ويقسِّم الباقي على الغانمين، ويقدِّم قسمته على الغانِمِينَ علَىٰ قسمة الخُمُس؛ لأنهم حاضِرُونَ مَحْصُورون، وفيه يقع الرضخ على الظَّاهِرِ من الخَلافِ فيه، ولا فَرْقَ بين المنقول والعَقَار من أموالِ الكُفَّار؛ لإطلاق القرآنِ والأخبار.

وقال أبو حنيفة وأحمد ـ رحمه الله ـ يتخيَّر الإمام في العَقَار بَيْن القسْمَة؛ كالمنقول، وبين أنْ يرده على الكفَّارِ، ويضرب عليه خراجاً، فتصير حقّاً علَىٰ رقبة الأرض، ولا يسقط بالإسْلامِ، وبين أن يقفه على المُسْلمين.

وقال مالك ـ رحمه الله ـ تصير وقْفاً بنَفْس الاغتنام، وعند أحمد ـ رحمه الله ـ: إنْ رأَى الإمام أن الأصْلَحَ قسمتها، قسمها، وإن رأَىٰ وقْفَهَا وَقَفَهَا، وكلٌّ نَزَّلَ أَمْرَ سوادِ العراقِ علىٰ مذهبه، وسيأتي ذلك في «السير» ـ إن شاء الله تعالى ـ ويجوز قِسْمَةُ الغنائِم في دارِ الحَرْب من غير كراهة[1] لأنَّ النبيَّ ﷺ قَسَّم غنائمَ بَدْرٍ بشِعْبٍ مِنْ شِعَابِ الصَّفْراءَ قَرِيبٍ من بَدْرٍ، وقسم غنائمَ بني المُصْطَلِقِ علَىٰ مياههم، وقسم غنائم حنين بأَوْطَاس، وهو وادي حنين[2].

---

(١) قال النووي: هذه العبارة ناقصة، فالصواب أن يقال: يستحب قسمتها في دار الحرب، كما قاله أصحابنا، بل قد ذكر صاحب «المهذب» وغيره: أنه يكره تأخيرها إلى دار الإسلام من غير عذر.

(٢) أما قسمة غنائم بدر: فرواه البيهقي من طريق ابن إسحاق وهو في المغازي، وأما قسمة غنائم بني المصطلق فذكره الشافعي في الأم هكذا، واستنبطه البيهقي من حديث أبي سعيد قال: غزونا مع=

وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ لا تُقسَّم الغنيمة في دار الحرب، وقوله في الكتاب: «إذا مَيَّز الإمامُ الخُمس والسَّلَب والرَّضخ والنَّفَل» يعني على ما فيها من الاختلاف الَّذي مَرَّ في التقديم والتأخير، وقوله: «بالسوية» يعني إذا لم يوجَدْ سببُ التفضيل، وهو مبين [من] بَعْدُ في المسألة الرابعة.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَالغَانِمَ مَنْ شَهِدَ الوَقْعَةِ لِنُصْرَةِ المُسْلِمِينَ، فَلَوْ شَهِدَ آخِرَ الوَقْعَةِ اسْتَحَقَّ، وَلَوْ حَضَرَ بَعْدَ انْقِضَاءِ القِتَالِ فَلاَ (ح)، وَإِنْ حَضَرَ بعد انْقِضَاءِ القِتَالِ وَقَبْلَ حِيَازَةِ الغَنِيمَةِ فَقَوْلاَنِ، وَإِذَا غَابَ في آخِرِ القِتَالِ إِنْ كَانَ بِانْهِزَامٍ سَقَطَ حَقُّهُ إِلاَّ إِذَا قَصَدَ التَّحَيُّزَ إِلَىٰ فِئَةٍ أُخرَىٰ، وَإِذَا اتُّهِمَ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ، وَإِنْ مَاتَ لَمْ يَسْتَحِقَّ السَّهْمَ، وَإِنْ مَاتَ فَرَسُهُ اسْتَحَقَّ سَهْمَهُ لِأَنَّ المَتْبُوعَ قَائِمٌ هَذَا هُوَ النَّصُّ، وَقِيلَ: فِيهِ قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَالمَرَضُ الَّذِي لاَ يُرْجَىٰ زَوَالُهُ كَالمَوْتِ، وَقِيلَ: طَرَيَانُهُ لاَ يُسْقِطُ السَّهْمَ لِحَاجَتِهِ إِلَىٰ نَفَقَةِ العِلاَجِ وَالإِيَابِ، أَمَّا المُخَذِّلُ لِلجَيْشِ فَيخْرُجُ مِنَ الصَّفِّ، فَإِنْ بَقِيَ فَلاَ يُعْطَىٰ شَيْئاً أَصْلاً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَنْ شَهِدَ الوقْعَةَ علَىٰ نية الجهادِ، ونُصْرَةِ المسلمين، استحقَّ الغنيمة، قَاتَلَ أو لم يُقَاتِلْ؛ لما رُوِيَ مَرْفُوعاً عن النَّبيِّ ﷺ وَمَوْقُوفاً على أَبِي بَكْرٍ، وَعُمَرُ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ـ: «أَنَّ الْغَنِيمَةَ لِمَنْ شَهِدَ الْوَقْعَةَ»[1] ويتعلَّق بهذا الأصلِ صُوَرٌ:

إحداها: مَنْ حَضَر قبل انقضاء القتالِ، استحَقَّ الغنيمة؛ لِأنَّه شَهَدَ الوقعة، وإنْ حَضَرَ بعد انقضاء القتال، نُظِرَ: إنْ كان بعد حيازةِ المالِ، لم يستحقَّ شيئاً، وإنْ لم يدخُلُوا بَعْدُ دَارَ الإسلام؛ خلافاً لأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ فيمن لَحِقَ في دارِ الحَرْب قَبْل قسمة الغنيمة، حيثُ قال: «إِنَّهُمْ يشاركون» وإنْ كان قبل حيازَتِهِ، فوجْهَان في رواية بَعْضِهِمْ، وقولان في رواية آخرِينَ:

أصحهما: أنَّ الجوابَ كذلك؛ لعدَمِ شهود الوقعة.

والثاني: أنه يثبت الاستحقاقُ؛ لأنه لَحِقَ قَبْلَ تمام الاسْتيلاءِ، وحكى القاضِي ابنُ كج عن بعض الأصحابُ: «أنه إنْ كان لا يُؤْمَنُ رجعةُ الكفارِ، استحَقَّ الذي لَحِق؛

= رسول الله ﷺ غزوة بني المصطلق، فسبينا كرائم العرب، فطالت علينا العزبة ورغبنا في الفداء، وأردنا أن نستمتع ونعزل ـ الحديث ـ قال ففيه دليل على أنه قسم غنائمهم قبل رجوعه إلى المدينة، وأما قسمة غنائم حنين، فغير معروف، والمعروف ما في صحيح البخاري وغيره من حديث أنس أنه قسمها بالجعرانة، وفي الطبراني الأوسط من حديث قتادة، عن أنس لما فرغ رسول الله ﷺ من غزوة حنين والطائف، أتى الجعرانة فقسم الغنائم بها واعتمر منها.

(١) تقدم قريباً.

لانتفاعِ الأوَّلِينَ بحضوره، وإنْ كان يُؤْمَنُ، لم يستحِقَّ فهذا وجهٌ ثالثٌ، وعلى قياسِ المسألَة، قال الحَنَّاطِيُّ ـ رحمه الله ـ: «إذا أقاموا علَىٰ حصْنٍ، وأشرفوا علَىٰ فتحه، فَلَحِقَ مَدَدٌ قَبْلَ الفتحِ، شاركوهم في الغنيمة، وإِنْ فَتَحُوا، ودخلوا آمِنِينَ، ثم جاءَهُمُ المدَدُ، لم يَشارِكُوهم».

الثانية: إذا غاب بعضُهُمْ في أثناء القتال منهزِمَاً، لم يَعُدْ حتَّى انقضَى القتالُ، فلا حقَّ له وإنْ عاد قبل انقضائه، استحَقَّ من المحوز بعد عَوْدِهِ، دون المحوز قبل عَوْده، هكذا ذكره في «التهذيب» وقياسه أنْ يُقَالَ فيمن حَضَر قبل انقضاءِ القتال. إنَّه لا حقَّ له في الغنيمةِ المحوزةِ قبل حضوره، وكذلك نقله أبو الفَرَجِ الزاز عن بعض الأصحاب، وإنْ أطلقنا في المسألة السابقةِ[1]، أنه يستحِقُّ، ولم يفصل، وإنْ وَلى مُتَحَرِّفَاً لقتال أو مُتَحَيِّزَاً إِلَىٰ فئة، لم يبطُلْ حقُّه علَىٰ تفصيلٍ مذكورٍ في «السير» ومن هَربَ ثم ادَّعَىٰ أنه كان مُتَحَرِّفاً أو متَحَيِّزاً، فالجواب في الكتاب أنَّه يصدَّق بيمينه، وقال في «التهذيب»: إنْ لم يَعُدْ إلاَّ بعد انقضاء القتال، لم يصدَّق؛ لأنَّ الظاهرَ خلافُهُ[2]، وإنْ عاد قبله، صُدِّق بيمينه، فإِنْ حَلَف، استحَقَّ من الكُلِّ، وإنْ نَكَلَ، لم يستحقَّ إلا من المحوز بَعْدَ عوده[3].

الثالثة: إذا ماتَ واحدٌ من الغانمين قبل الشُّرُوع في القتال، فلا حَقَّ له، وإذا مات فَرَسُهُ، فليس له سهمُ الفرس، وإنْ كان ذلك بَعْدَ دخوله دارَ الحَرْب فارساً، ولو سرق فرسه، أو عار، أو خرج من يده ببيعٍ أو هبة، فهو كما لو ماتَ، وفيما إذا عار وجهٌ: أنه يستحقُّ سهمه، نقله الشيخ أبو حامدٍ، وضعفه.

وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: «إذا دخل دارَ الحَرْب فارساً، ثم مَاتَ الفرسُ، استحق سَهْمَ الفرس».

وعنه فيما لو باعه أو وَهَبَهُ روايتان، واحتجَّ الأصحابُ بأنَّه حيوانٌ يُسْهَمُ له، فإذا مات قبل الشُّرُوع في القتال، لم يُسْهَمْ له كالفارس، لكن أقضى القضاة المَاوَرْدِيُّ روي عن أبي حنيفة ـ رحمهما الله ـ في: «الأحكام السُّلْطَانِيَّةِ»: أنه إذا ماتَ هو، أو فرسَهُ بعد دخول دار الحَرْب، «يُسْهَمُ له» فسوَّىٰ بين موتِ الفارسِ ومَوْتِ الفرس، ولو مات واحدٌ منهم بَعْدَ انقضاءِ القتالِ، وحيازةِ المَالِ، انتقل حقُّه إِلَىٰ ورثته وإنْ لم يدْخُلوا بَعْد دارِ الإِسْلاَمِ؛ خلافاً لِأَبي حنيفة ـ رحمه الله ـ ولو مات فرسُهُ في هذه الحالةِ، استحَقَّ سهم الفرس، ولو مات الغانمُ بعد انقضاء القتالِ، وقبل حيازة المال، فوجهان قال في «التهذيب»:

---

(١) قال النووي: هذا الذي نقله أبو الفرج متعين، وكلام من أطلقه محمول عليه.

(٢) وفيما قاله نظر لأنه قد يكون له عذر الانقطاع.

(٣) قال النووي: الذي قاله البغوي أرجح.

أصحهما: انتقال حقِّه إِلَىٰ ورثته أيضاً، ويجري الوجهانِ فيما إذا مات فرسُهُ في هذه الحالة هلْ يستحقُّ سهم الفرس لحُصُولِ الغنائم بحضوره فارساً، وإنْ مات في أثناء القتالِ، فالحكاية عن النصِّ سقوطُ حقه، وفيما إذا مَات فرسه في أثناء القتالِ: أنه يستحِقُّ سهم الفرس، وللأصحابِ فيها طُرُقٌ:

أظهرها: تقريرُ النصَّيْن؛ فرقاً بأنَّ الفارس متبوعٌ، فإذا مات فات الأصل، والفرس تابع؛ فإذا مات، جاز أنْ يبقَىٰ سهمه للمتبوع.

والثاني: أنَّ فيهما جميعاً قولين: وجْه الاستحقاقِ: شهودُ بعْضِ الوقعة، ووجْهُ المَنْع: اعتبارُ آخر القتال؛ فإنَّه وقت الخَطَرِ؛ والظَّفر.

وعن الشيخ أبي زيد: أنه إنْ حصَلَتْ حيازة المال بنصب قتالٍ جديدٍ، فلا استحقاقَ، لا في موت الفرس، ولا في موت الفارس، وعليه يُحْمَلُ نصه في موت الفارسِ، وإِنْ أفضَىٰ ذلك القتالُ إلى الحِيَازَةِ، ثبت الاستحقاقُ في الصورتَيْنِ، وعليه يحمل لَهُم في صورة الفَرَسِ.

الرابعةُ: إذا شهد الوقْعَةَ صحيحاً، ثمَّ مرضَ نُظِر: إنْ كان مرضاً لا يمتنع معه القتالُ؛ كالحُمَّىٰ الخفيفةِ، والصُّدَاعُ أو كان يرجَىٰ زوالُه، لم يبطُلْ حقُّه، وإنْ كان غير ذلك؛ كالزَّمَانة، والفَالج، والعمَىٰ، فقولان، أو جهان:

أحدهما: يبطُلُ، لخروجه عن أهليَّةِ القتالِ، كما لو مات.

والثاني: المَنْع؛ لأنه يُنْتَفَعُ برأيه ودُعَائِهِ بِخِلاَفِ الميِّت؛ ولأنه يحتاج إلى العلاج والإياب؛ بخلاف الميت، وفي إبطالِ حقِّه ما يمنعه عن الجهادِ، وهذا أصحُّ عند صاحب «التهذيب» وغيره وإيراد الكتاب يُشْعِرُ بترجيح الأول؛ وهو الذي أورده القاضي ابن كج، ولو جُرِحَ في الحَرْب، ففي «التهذيب» يُنَزَّلُ منزلةَ المرضِ، فينظرُ في الجراحةِ، وحصول الأثخان بها، وعدمه، وفي «الشَّامل» وغيره ترتيبُ الجراحةِ على المَرضَ، إنْ قلنا: يستحقُّ المريضُ، فالمجروحُ أولَىٰ، وإلا، ففيه خلافٌ، لأنَّ ما أصابه إنَّما أصابه بسبب الحرب، فلا يحسُنُ حرمانُهُ، ثم الأكثرون أطلَقُوا القَوْل في رجاءِ الزوال وعدمه، وحكَىٰ بعض أصحاب الإمام: أنَّ المعتبر رجاءُ الزوال قبل انْجِلاَءِ القتال[1]، وإذا لم يستحقَّ المريضُ، فَيَرْضَخُ له، وكذلك ذكره الحَنَّاطِيُّ وآخرون، والمريض بعد انقضاء القتال؛ وقَبْلَ حيازةِ الغنيمةِ، على الخلافِ الَّذي سَبَقَ في المَوْت.

الخامسة: المُخَذِّلُ للجَيْشِ يُمْنَعُ من الخروج مع الناس، والحُضُور في الصفِّ،

---

(١) قال في الخادم: عجب حكايته عن بعض أصحاب الإمام وهو مصرح به في النهاية.

فإن حضر، لم يُعْطَ شيئاً، لا السَّهم، ولا الرَّضخ؛ لأنَّ ضرر حضورِهِ فَوْقَ ضرر انهزامِ المُنْهَزِمِ؛ والمخذِّل هو الذي يُكْثِرُ الأَراجِيفَ؛ وَيُكَسِّر قُلُوبَ الناسِ، وَيُثَبطهُم، فيقول: لا تنفروا في الحر؛ وإنَّ في العَدُوِّ كثرةً، وما أشبه ذلك، ولا يلحق الفاسقُ بالمُخَذِّل، وذكر القاضي ابن كج: أنَّ أبا الحُسَيْن حكَىٰ وجْهاً: «أنه لاَ يُسْهَمُ له؛ لأنه لا يُؤْمَنُ منه الغَدْرُ والتخْذِيل»[1].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِيَةُ إِذَا وَجَّهَ الإِمَامُ سَرِيَّة فَغَنِمَتْ شَيْئاً يُشَارِكُ فِي اسْتِحْقَاقِهَا جَيْشُ الإِمَامِ، إِذَا كَانُوا بِالقُرْب مُتَرَصِّدِينَ لِلنُّصْرَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لو بعث الإمامُ أو قائدُ الجيشِ سريَّةَ إِلَىٰ دار الحرب، وهو مقيمٌ في بلده، فَغَنِمَتْ شيئاً، لم يشركْهُمُ الإمام ومَنْ معه من الجَيْش[2]؛ كانت السرايَا تَخْرُج من المدينة على عهد رسول الله ﷺ فتغنم، فلا يشاركُهُمُ المُقيمونَ بها، ولو بعث سريتَيْنِ إلى جهتين، فلا تشارك إحْدَاهما الأُخْرَىٰ فيما تغْنَمُ، نعم؛ لو أوغلنا في ديار الكفر، والتقتا في موضع، فَيَشْتَرِكَانِ فيما يغْنَمَانِ بعد الاجتماع، ولو بعثهما إِلَىٰ جهةٍ واحدةٍ، فإنْ أَمَّرَ عليهما أسيراً واحداً أو كانت إحداهُمَا قريبةً من الأخرى؛ بحيث تكونُ إحداهما عَوْناً للأخرَىٰ، فيشتركان في الغنائم، وإلا، فلا، ولو دخل الإمامُ دارَ الحَرْب، أو دخَلَها قائدُ الجَيْش، فوجَّه سريةً إِلَىٰ ناحيةٍ فغنِمَتْ شاركهم جيشُ الإمام، ولو غنم الجيش، شاركته السريةُ؛ لاستظهارِ كلِّ فرقة منها بالأُخرَىٰ، وقد رُوِيَ أَنَّ جيش المسلمين تَفَرَّقُوا، فَغَنِمَ بعضُهم بـ«أَوْطَاس» ومنهم بخيبر فشركوهم، ولو وجه سريتَيْنِ إِلَىٰ جهةٍ واحدةٍ، اشترك الكلُّ فيما يغْنَمُ كلٌّ منهم، ولو وجههما إِلَىٰ جهتين، فكذلك في ظاهر المَذْهَب؛ لأنَّ كل واحدةٍ منهما تستظهرُ بجَيْش الإمام، وهو كالجامِعِ لهما؛ بخلاف ما لو بعثهما إِلَىٰ جهتين، وهو في بلدِهِ، حيث لا تُشَارك إِحداهما الأُخْرَىٰ؛ لأنه لا جامِعَ هناك، ولا تستظهر واحدةٌ منهما بالأُخْرَىٰ، وفيه وجهٌ: أنه لا مشاركةَ بين

---

(١) قال النووي: كذا قطع الجمهور، أن المخذِّل لا رضخ له. وقال الجرجاني «في التحرير»: إن حضر بإذن الإمام، رضخ له. والله أعلم.
قال في الخادم: وعجب حكايته عن التحرير وهو في الرافعي في كتاب السير وقد صرح به في الروضة هناك.
قال: أعني صاحب الخادم وشمل إطلاقه ما لو قتل كافراً وهو قضية ما سبق أنه لا يستحق سلبه لأنه ضرر كله ونحن إنما نسهم أو نرضخ لمن ينفع ولا يضر.

(٢) قال النووي: سواء كانت دار الحرب قريبة من الإمام، أم لا. حتى لو بعث سرية، وقصد الخروج وراءها، فغنمت السرية قبل خروجه، لم يشاركها وإن قربت دار الحرب، لأن الغنيمة للمجاهدين، وقبل الخروج ليسوا مجاهدين.

السريَتَيْنِ ها هنا أيضاً، وأشار في «الشامل» إِلَىٰ خلافٍ في التشريكِ هناك أَيْضاً، ثم ذكر القاضِي ابن كج والإمام ـ رحمهما الله تعالى ـ: أنَّ شرط الشركةِ أن يكُونُوا بالقُرْب مترصِّدين للنُّصْرة، وحَدُّ القربِ أن يبلغَهُمُ الغوث والمَدَدُ منْهم، إنْ احتاجوا، وعلَىٰ ذلك جَرَىٰ في الكتاب، ولم يتعرَّض أكثرهم لذلِكَ، واكتفوا باجتماعهم في دار الحرب[1] وهكذا حكاه صاحب الكِتاب عن القَفَّال، واستبعده، فعلىٰ الأول؛ ولو كانت إحداهما قريبةً، والأخرَىٰ بعيدةً، اختصَّت القريبةُ بالمشاركة.

«فَرْعٌ»:

بعث الإمامُ جاسوساً، فَغَنِمَ الجَيْشُ قبل رجوعه:

فأحد الوجهَيْنِ: أنه لا يشاركهم؛ لأنَّه لم يشْهَدِ الوقعة.

وأشبَهُهُمَا: وبه قال الدَّارِكِيّ ـ رحمه الله ـ أنه يشاركهم؛ لأنه فارقهُمْ؛ لمصلحتِهِمْ، وخاطَرَ بما هو أعظَمُ من شهود الوَقْعَةِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الثَّالِثَةُ مَنْ حَضَرَ لاَ لِقَصْدِ الجِهَادِ كَالأَجِيرِ لِسِيَاسَةِ الدَّوَابِّ إِنْ لَمْ يُقَاتِلْ لَمْ يَسْتَحِقَّ (و)، وَإِنْ قَاتَلَ فَثَلاَثَةُ أَقْوَالٍ، فِي الثَّالِثِ يُخَيَّرُ بَيْنَ إِسْقَاطِ الأُجْرَةِ مِنِ ابْتِدَاءِ القِتَالِ وَبَيْنَ إِسْقَاطِ الغَنِيمَةِ، وَفِي التَّاجِرِ هَذَانِ القَوْلاَنِ وَلاَ يَجْرِي الثَّالِثُ، وَأَمَّا الأَجِيرُ لِلجِهَادِ فَإِنْ كَانَ كَافِراً اسْتَأْجَرَهُ الإِمَامُ اسْتَحَقَّ الأُجْرَةَ، وَإِنْ كَانَ مُسْلِماً فَلاَ، وَلاَ يَسْتَحِقُّ الغَنِيمَةَ أَيْضاً عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، لِأَنَّهُ أَعْرَضَ عَنْهَا، وَأَمَّا الأَسِيرُ إِنْ كَانَ مِنْ هَذَا الجَيْشِ وَعَادَ اسْتَحَقَّ قَاتَلَ أَوْ يُقَاتِلْ، وَإِنْ كَانَ مِنْ جَيْشٍ آخَرَ وَلَمْ يُقَاتِلْ فَقَوْلاَنِ، وَإِنْ كَانَ كَافِراً فَأَسْلَمَ وَالْتَحَقَ بِجُنْدِ الإِسْلاَمِ اسْتَحَقَّ وَإِنْ لَمْ يُقَاتِلْ عَلَىٰ الأَظْهَرِ (و).**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصودُ المسألَةِ الكلامُ في صُوَرٍ:

إحداها: إذا شَهِدَ الأجيرُ مع المستأجِرِ الوقْعَة، نُظِر: إنْ كانتِ الإجارةُ لعَمَلٍ في الذمَّة من غير تعيينِ مدَّةٍ؛ كخياطة ثَوْبٍ، وبناءِ حائِطٍ، فخرج، وشَهِدَ الوقعةَ، فله السَّهْمُ بِلاَ خلاَفٍ، والعمل المستأجر علَيْهِ دَيْنٌ في ذمته، وإن تعلَّقت الإجارة بمدة معيَّنةٍ، كما إذا استأْجَرَ لسياسَةِ الدوابِّ، وحفْظِ الأمتعة شَهْراً، وخرج به، نَقَلَ جماعةٌ منهم المصنِّفُ، وصاحب «التهذيب» أيْضاً؛ أنه إنْ لم يقاتِلْ، لم يستحقَّ السَّهْم، وإنْ قاتَلَ، فثلاثة أقوال، وأطلَقَ المسْعُودِيُّ وآخرون الأقوال من غير فصل بين أن يقاتل أو لا يقاتل، وكذلك أطلقها الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ في «المختصر».

---

(١) قال النووي: هذا المنقول عن الأكثرين، هو الأصح أو الصحيح.

أظهرها: أن له السهْمَ؛ لَشُهودِ الوقعة.

والثاني: المنع؛ لأنَّ منفعته مستحَقَّةٌ للغَيْرِ، وكان كالعبد، إذا شَهِدَ الوقْعَةَ وعلى القولَيْنِ يستحقُّ الأجرةَ بمقتضَىٰ الإِجَارَةِ.

والثالث: أنه يخيَّر بين الأُجْرَةَ، و[بين] سَهْمِ الغنيمة، فإنْ اختار الأجْرَةَ، فلا سَهْمَ لَهُ، وَإِنِ اختارَ السَّهْم، سقَطَتِ الأجرة؛ ليخلصَ سعيه للجهادِ وقد توجه له، و[قد] احتج له بأن التسليم الواحدَ لا يوجِبُ بدَلَيْنِ مختلفَيْنِ، وأيهما اختَارَ سَقَطَ الآخَرُ؛ كالقِصَاص، والدِّية، وهذا القول الثالثُ موضِعُ البحث من جهَةِ أنَّ الإِجارة عقْدٌ لازمٌ، فكيف يخيَّر الأجير فيها، وبتقدير التخْيير، فإذا اختار السَّهْم سقط أجرة جميع المدة، أم كَيْفَ الحالُ؟ ومتَىٰ يخيَّر، قبل شهودِ الوقعة، أو بعده؟ فالجواب:

أما الأَوَّلُ: فعن صاحب «الإفصاح»: «أنَّ القولَ الثَّالِثَ فيما إذا استأجر الإِمَامُ؛ لِسَقْيِ الغزاة، وحفْظِ دوابِهم مِنْ سَهْم الغزاةِ مِنَ الصَّدَقات، فشهد الأجيرُ الوقْعَة، فيخيره فالإمام فأما أجيرُ آحادِ النَّاس، فلا يجيء فيه هذا القَوْلُ؛ لأنَّ الإجارة لازمةٌ إلاَّ أن يكون الجارِي بينهما صورةَ الجَعَالَةِ، وأيضاً فإن أجير الآحاد يسلم الأجرة للمستأجِرِ، ويُؤخَذ السهم من الغانمين، وهو بَعِيدٌ، والذي استأجَره الإمامُ؛ لمصلحةِ الغُزَاة: إن اختَارَ السهْمَ، سلمت الأجرة للغُزَاةِ، وإن اختار الأجرةَ، سلم السهم لهُمْ، والأكثرون أجرُوه في الأجيرين، كما أطلقه الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ وقالوا: «لزوم الإجارةُ لا يختلف في الصورتَيْنِ» وأما سلامةُ الأجرةِ للمستأجِرِ، فلا يُعَدُّ فيما إذا مرض إذ الغرض أنْ يُخْلِص عمله للجِهَاد، وللقربة، فليقدِّر الغانِمُونَ أنه لم تجر إجارة، وأما ما يَسْقُطُ من الأجرةِ، إذا اختار السهْمَ ففيه وجْهَان:

أحدهما: أنَّها تسقُطُ منْ وقْتِ دخولِ دَارِ الحَرْبِ.

وأظهرهما: مِنْ وَقْتِ شهودِ الوَقْعة؛ لأنَّ استحقاقَ الغنيمةِ يتعلَّق به، فلا يجبُ معه الأجرة، فأما فيما قَبْلَهُ، وبَعْدَه، فلا يجمع الحقَّان، وأمَّا أنه متَىٰ يخيَّر، ففي «الشامل»: أنَّ الأصحابَ قَالُوا: يُخيَّر قبل القِتَالِ وبَعْدَه، فيقال قَبْلَه: إنْ أردت الجهادَ، فاطَّرِحِ الأجرة، . وإنْ أردتَّ الأجرةَ، فاطَّرِحِ الجهاد، ويقال بعده: إنْ كنتَ قَصَدْتَّ الجهادَ، فلا أجرة لك، وإنْ قصدتَّ الأجرةَ، فَخُذْهَا، ولا سَهْمَ لك والمراد أنَّ الغَرَضَ يَحْصُلُ بكلِّ واحدٍ منهما إلا أنه يخير في الحالَتَيْنِ جميعاً، والله أعلَمُ.

وإذا قلْنا: يُسْهَمُ للأَجِيرِ، فله السَّلَب، إذا قَتل، وإن قلْنا: لا يُسْهَمُ له، فوجْهَانِ، وله الرَّضْخُ؛ كالعبيد والمرأة، وحكى القاضِي ابن كج وجْهاً: «أنه لا يُرْضَخُ له»؛ لأنه لم يُسْهَمْ له، وهو من أهله، فلا يُرْضَخُ له، هذا في سائر الأُجَرَاءِ، وأما الأجيرُ للجهادِ، فالكَلاَمُ في استئْجَارِ المُسْلِمِ واستئْجَارِ الذِّمِّيِّ للجهاد مؤخر إِلَىٰ كتاب «السير» وإذا

صحَّتِ الإجارةُ، فللأجير الأجرةُ، ولا سَهْم، ولا رضخ وينبغي أنْ يجيء علَىٰ وجْهِ ذُكِرَ فِي صحَّة استئجَارِ المُسْلِم على الجهادِ الأقوالُ الثلاثةُ، وإذا لم تصحَّ الإجارة، فلا أجْرَةَ له، وفي سَهْم الغنيمة، فوجهان:

أحدُهُما: أنه يستحقُّه لشهودِ الوَقْعَة.

والثاني: وهو المذكورُ في «التهذيب»: المنْعُ، قاتل أو لم يقاتل؛ لأنه أعرضَ عَنْه بالإجارة، ولم يحضُرْ مجاهداً، والوجهانِ فيما ذكر الشيخ أبو محمد ـ رحمه الله ـ مبنيَّانِ على القولَيْنِ فيما إذا أحْرَمَ الأجيرُ عن المستأجِرِ، ثم صرف النية إلَىٰ نفسه، هل يستحقُّ الأجرة، وهما شبيهانِ بالوجْهَيْنِ فيما إذا شَرَطَ في المضاربة كلَّ الربح للمالِكِ، هل يستحقُّ الأجرة، قوله في الكتاب: «إنْ لم يقاتِلْ، لم يستحق»، يجوز إعلامه بالواو؛ للطريقة المطْلقة.

وقوله: «وبيْنَ إسْقَاط الأجْرَةِ من ابتداءِ القتالِ، وبين الغنيمة» أي: وبين إسقاطِ الغَنِيمَةِ، وإلاَّ فإسقاطُ الأجرةِ إثباتُ الغنيمةُ، فلو لم يضمن في الغنيمةِ الإسْقَاط، لم يكُنْ فيه تعرُّض للطَّرَفَينِ، وقوله: «من ابتداء القتال» مرقومٌ بالواو؛ للوجه الآخر، وقوله: «وإنْ كان كافراً، اسْتَأْجَرَهُ الإمام» أشار به إلَىٰ أنَّ استئجار الآحادِ ممنوعٌ منه، وفيه خلافٌ مذكورٌ في السير وقوله: «وإن كان مسلِماً فلا» يجُوزُ إعلامه بالواو لشيء يُذْكَرُ هناك.

الثانية: تُجَّار العَسْكر وأهْلُ الحِرَفِ، كالسَّرَّاجين الخياطين البزازين والبقالين، وكلُّ من خرج لغَرَضِ تجارةٍ أو معاملةٍ، إذا شهد الوقعةَ، هل يُسْهَمُ له؟ فيه قولانِ؛ كما في الأجير، ولا يجيءُ فيهمْ قولُ التخيير، وفي موضعِ القولَيْنِ طُرُقٌ:

أظهرها: أنَّ القولَيْنِ فيما إذا قاتلوا، فإنْ لم يقاتِلُوا، لم يستحقُّوا قولاً واحداً، وهذا ظاهر لفظ «المختصر» وهو الذي يقتضيه نَظْمُ الكتاب.

والثاني: وهو الذي قال به القاضي أبو حامد: «أنَّ القولَيْنِ فيما إذا لم يقاتلوا، وأما إذا قاتَلُوا، استحقُّوا بلا خلاف، لأنَّا عرفنا بقتاله أنَّ قصْده لَمْ يَكُنْ لمخْضِ التجارةِ، فصار كما لو خرج للجِهَاد، وحمل مع نفسه متاعاً يبيعه.

والثالث: وبه قال أبو إسحاق، وابْنُ القطان ـ رحمهما الله تعالَىٰ ـ أنهما يُطْرَدَانِ في الحالَتَيْنِ، وبهذا أجاب القاضي الرُّويانيُّ ـ رحمه الله ـ في «الحلية» وقال: أصحُّ القولَيْنِ: أنه يُسهَمُ للتاجر؛ لتكثيره سوادَ المُسْلِمين» وإذا قلنا: لا يُسْهَمُ للتاجر، فهل يُرْضَخُ له؟ فيه وجهانِ، كما في الأجير؛ الأصحُّ: نعم.

الثالثةُ: لو أفلت الأسيرُ من يد الكافِرِ، وشهد الوقعةَ مع المسلمين؛ فإنْ كَانَ من

هذا الجيش استحَقَّ السهْمَ، قاتل أو لم يقاتل؛ لأنه خرج للجهاد وقَهْرِ العَدُوِّ بالإفلات، وشهد الوقعة، وإنْ كان من جيش آخَرَ، أسر من قبل، فقولان؛ وجه المنع: أنه لم يَقْصِدِ الجهاد، ووجْهُ الاستحقاقِ: شهودُ الوَقْعة، وفي محلِّ القولَيْن طريقان عن أبي إسحاقَ وغيره، طَرْدُ القولَيْنِ فيما إذا قَاتَلَ أو لم يقاتل [فأظهرهما، وهو المنصوصُ في «المختصر»: أن القولين فيما إذا لم يقاتل][1] فإن قاتل، استحقَّ بلا خلاف؛ لأنه قد بانَ بالقتال أن قصْدَه الجهادُ، وأنَّ الخلاصَ لم يتمحَّض عرضاً له، فصار كما لو اختلط أن أحاط المشركون بأهل قرية لا يُسْهَمُ للمقيمين بها، حتَّى يقاتلوا؛ ليمتاز المجاهِدُ عن المقيم، حُكِيَ هذا التوجيهُ والشبه[2] عن أبي يعقوب الأبيوردي، هذا إذا أفلت قبل الحرب، وحيازة الغَنِيمَةِ، وإنْ أفلَتَ بعد الحرب، وقبل الحِيَازة، فعلى ما مَرَّ في لحوق المَدَدِ، وإنْ أفلت بعد الحيازة، قال في «الشامل»: إن قلنا: تملك الغنيمة بالحيازة، فلا سهم لَهُ، وإلا فَهُوَ كما لو أفْلَتَ قبل الحيازة ولم يقاتِلْ، وإذا لم نَجْعَلْ للأسير السهْمَ، ففي الرضْخِ الخلافُ السابِق وعند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ حكمُ الأجيرِ والتاجِرِ والأسيرِ واحدٌ، إن قاتلوا، استحقُّوا السهْمَ، وإلا فلا.

الرابعة: لو أسلم كافرٌ، فالتحقَ بجُنْدِ الإسلام، استحَقَّ السهم، قاتل أو لم يقاتل؛ لأنَّه قصد إعلاَ كلمةِ اللَّه تعالَىٰ بالإسلام، وشهودِ الوَقْعَة فيقبح حرمانُهُ.

وقوله: «استحقَّ السهْمَ وإنْ لم يقاتل علَى الأظْهَر» هكذا هو في متْن الكتاب، وقضيته إثباتُ خلافٍ في المسألة وخطَّ بعض المعنيين بهذا الكتاب علَىٰ كلمة «على الأظهر» لأنه لم يذكر في «الوسيط» خلافاً فيه، بل قال: «يستحقُّ السهْمُ قَاتَلَ أو لم يُقَاتِلْ» لكن يجوز أنْ يترك بحالها لأنَّ أبا الحسن العباديَّ قال في «الرقم لو أسلم كافرٌ، وحضر المعسكر إنْ قاتَلَ، استحق، وإنْ لم يقاتِلْ، لم يستحق» قال: وأصْلُ هذه المسائِلِ إنَّ القصْدَ إلى الجهَادِ، هل هو شرطٌ يعني من الابتداء، واختلافُ جوابِ الأئمةِ يُوجِبُ الخلاف.

واعْلَمْ أنَّ الحكم في هذه الصُّوَرِ بالترتيب، فالكافِرُ الذي أسْلَم أولَىٰ بالاستحْقَاقِ، ويليه الأسيرُ لما في الإفلاَتِ من قهْرِ الكفار، ويليهما التاجِرُ والأَجير والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرَّابِعَةُ يُسَوَّىٰ (ح م) بَيْنَ الجَمِيعِ فِي القِسْمَةِ إِلاَّ لِأَصْحَابِ الرَّضْخِ فَإِنَّهُمْ يَنْقُصُونَ، وَإِلاَّ الفَارِسَ فَإِنَّهُ يُعْطَىٰ (ح) ثَلاَثَةَ أَسْهُمٍ وَلِلرَّاجِلِ سَهْمٌ، وَلاَ يُعْطَىٰ إِلاَّ لِرَاكِبِ الخَيْلِ، ثُم لاَ فَرْقَ فِي الفَرَسِ (و) بَيْنَ العَرَبِيِّ وَالعَجَمِيِّ وَالتُّرْكِيِّ، وَلاَ يُعْطَىٰ

---

(١) سقط في: ز.

(٢) في ب: والتنبيه، وفي أ: والتقسيم.

الضَّعِيفُ وَالأَعْجَفُ عَلَىٰ أَقْيَسِ القَوْلَيْنِ، وَلَوْ أَحْضَرَ فَرَسَيْنِ لَمْ يُعْطَ (و) إِلاَّ لأَحَدِهِمَا، وَيُعْطَىٰ لِلفَرَسِ المُسْتَعَارِ وَالمُسْتَأْجِرِ، وَكَذَا المَغْصُوبُ، (و) وَلَكِنَّهُ لِلغَاصِبِ، أَوِ للمَالِكِ فَقَوْلاَنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قدْ مَرَّ أنَّ المَالَ المغنوم يبدأُ منه بالسَّلَب والمُؤَن، ثم يقسِّم الباقي خمسةَ أقسامٍ، ويجعلُ أربعةُ أخماسِهَا للغانِمِينَ، يُسوِّىٰ بينهم في ذلك، ولا يُفَضِّل بعضُهُم على بعضٍ إلاَّ بشَيْئَيْنِ:

أحدُهُما: النُّقْصَان المقْتَضِي للرَّضْخِ، علَىٰ ما سبق، وهذا مفرَّع علَىٰ أنَّ الرضخ من الأخماس الأربعة.

والثاني: أنَّ الفارسَ يُفضَّل على الراجِلِ، ويعطِي الفارسُ ثلاثةَ أسهُمٍ؛ سهماً له، وسهمين لفرسه، ويعطي الراجل سهماً، لمَا رُوِيَ عن ابن عُمَرَ ـ رضي الله عنهما ـ أنَّ النبيَّ ﷺ «ضَرَبَ لِلْفَرَسِ بِسَهْمَيْنِ، وللفارس بسهم»[1].

وعند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: للفارس سهمان؛ سهمٌ له، وسَهْمٌ لفرسه، وللراجِلِ سهْمٌ واحدٌ، ويتعلَّق بهذا الأصْلِ مسائلُ.

إحداها: لا يلحقُ راكبُ البعير، والفِيلِ، والحِمَارِ، والبَغْلِ براكب الخَيْل؛ لأنَّ هذه الدوابَّ لا تصلُحُ للحَرْبِ صلاحِيَةَ الخَيْل، ولا يتأتى منْها الكَرُّ والفَرُّ، ولكنْ يعطَىٰ للراكب سهْمٌ، ويرضَخُ لهذه الدوابِّ، ويجْعَلُ رضْخُ الفيل أكثر من رضْخِ البَغْل، ورَضْخُ البغْلِ أكثَرَ مِنْ رَضْخِ الحمَارِ، ولا يبلغ رضخُهُمَا سهْمَ الفَرَس[2].

الثانية: لا فرق في الخَيْلِ بين الَّذي أَبَوَاهُ عربيَّانِ، ويقال: له العَتِيقُ، والذي أبواه عَجَمِيَّانِ، ويقال: له البِرْذَوْنُ، والذي أبوه عَرَبِيٌّ، وأمه عجمية، وهو الهَجِينُ، والذي أبوه عجميٌّ، وأمه عربيَّةٌ، وهو المقرف، لأن الكَرَّ والفر يجيء من هذه الأنواعِ، وقد روي أنَّ النبيَّ ﷺ قال: «الخَيْلُ مَعْقُودٌ في نواصِيها إِلَىٰ يَوْمِ الْقِيَامَةِ» الأجر والمغنم[3]،

---

(١) متفق عليه.

(٢) قال في الخادم: قضية كلام الأكثرين أنه لا يستحق ما يستحقه الراجل وبه صرح الفوراني والإمام، ولم يحك العلامة نجم الدين بن الرفعة ما قاله الرافعي إلا عن الجيلي خاصة.
قال ـ أعني صاحب الخادم ـ: لكن صرح به في التهذيب فتابعه الرافعي.

(٣) من حديث عروة بن الجعد البارقي، وابن عمر، وأنس، وفي الباب عن أبي هريرة في الترمذي والنسائي، وعتبة بن عبد عند أبي داود، وجرير عند مسلم، وأبي داود وجابر وأسماء بنت يزيد عند أحمد، وحذيفة عند أحمد، والبزار، وله طرق أخرى جمعها الدمياطي في كتاب الخيل، وقد لخصته وزدت عليه في جزء لطيف قاله الحافظ.

فأطلق لَفظَ الخيل، وفيه قول: أنه لا يسهم للبِرْذَوْنِ، بل يُرْضَخُ له؛ لأنَّه لا يعمل عَمَلَ العربيِّ، ومن قال بالظَّاهِرِ شبه تفاوتهما بتفاوُتِ الراكب القَوِيِّ، والراكِبِ الضعيف، وعن أحمد ـ رحمه الله في أصحِّ الروايتين: «أنَّه يجعل لما سِوَى العربيِّ سهْمٌ لا سَهْمَانِ».

الثالثة: ليتعهد الإمامُ الخيلَ، إذا أرادَ دُخُول دارِ الحَرْب، فلا يُدْخِلُ إلاَّ فرساً شديداً، ولا يُدْخِل حطماً وهو قحماً وهو الهرم الفاني ولا ضرعاً، وهو الصغيرُ الضعيفُ، ولا أعجف رازحاً والأعجف الهزولُ والرازح البين الهزال[1]، فلو أدْخَلَ بعضُهم شيئاً منها، نُظِرَ: إن نهى الإمامُ عن إدخاله، وبلغه خبر النَّهْيِ، لم يسهم لفرسه، وإن لم يَنْه الإمام أو لم يبلُغْهُ خَبَرُ النهْيِ، فقولان:

أحدهما: أنه يُسْهَمُ لهُ، كما يُسْهَم للشَّيْخ الضعيف، إذا حَضَر.

وأصحُّهما: المَنْع؛ لأنه لا فائِدَةَ فيه، بل هو كلٌّ علَىٰ صاحبه، بخلاف الشيْخ، فإنَّه ينتفع برأْيِهِ. ودعائه، وعن أبي إسحاق أنه لا خِلاَفَ في المسألة، بل القولُ الأوَّل محمولٌ علَىٰ ما إذا أمكَنَ القتَالُ عَلَيْه، والثاني علَىٰ ما إذا لم يُمْكِنْ.

الرابعةُ: من حَضَرَ بفرسَيْنِ، لم يُسْهَم إلا لواحِدٍ، لما رُوِيَ أنَّ النبيَّ ﷺ: «لَمْ يُعْطِ الزُّبَيْرَ ـ رضي الله عنه ـ إلا لفَرَسٍ واحِدٍ، وَقَدْ حَضَرَ يَوْمَ خيبر[2] بأفراس».

وقال أحمد ـ رحمه الله: «يعطي لفرَسَينِ» ولا يزادُ لحديثٍ وَرَدَ[3] فيه، ورواه راوُونَ قولاً عن الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ.

---

(١) قال النووي: القحم، بفتح القاف وإسكان الحاء المهملة، والضرع، بفتح الضاد المعجمة وفتح الراء أيضاً، والرازح، بالراء وبعد الألف زاي مكسورة ثم حاء مهملة، وضبطتُ هذه الألفاظ، لأنها في كلام الشافعي وكتب الأصحاب ـ رحمهم الله ـ، ورأيت من صحَّفها فأردت السلامة.

(٢) رواه الشافعي من حديث الزبير بسند منقطع، ورد حديث مكحول أن النبي ﷺ أعطاه خمسة أسهم لما حضر خيبر بفرسين، بأنه منقطع، وولد الرجل أعرف بحديثه، قلت: لكن عند أحمد والنسائي من طريق يحيى بن عباد بن عبد الله بن الزبير عن جده قال: ضرب النبي ﷺ يوم حنين للزبير أربعة أسهم ـ الحديث ـ وروى الواقدي عن عبد الملك بن يحيى عن عيسى بن معمر قال: كان مع الزبير يوم خيبر فرسان، فأسهم له النبي ﷺ خمسة أسهم، وهذا يوافق مرسل مكحول لكن قاله الحافظ الشافعي كذب الواقدي.

(٣) قال الحافظ: فيه أحاديث منقطعة، أحدها عن الأوزاعي أن رسول الله ﷺ كان يسهم للخيل، ولا يسهم للرجل فوق فرسين، وإن كان معه عشرة أفراس، رواه سعيد بن منصور عن إسماعيل بن عياش عنه، وهو معضل، ورواه سعيد من طريق الزهري أن عمر كتب إلى أبي عبيدة أن أسهم للفرس سهمين، وللفرسين أربعة أسهم، ولصاحبه سهماً، فلذلك أربعة أسهم، ولصاحبه سهماً، فذلك خمسة أسهم، وما كان فوق الفرسين فهي جنايب وروي عن الحسن عن بعض الصحابة قال: كان رسول الله ﷺ لا يقسم إلا لفرسين.

الخامسةُ: يُسْهَم للفَرَسِ المستعارِ والمستأْجَرِ، ويكونُ ذلك للمستعِيرِ والمستأْجِرِ، وعن رواية: ابن القَطَّان ـ رحمه الله ـ وجه: أنه يكونُ سَهْمُ الفرسِ المستعارِ للمُعِير، وأما الفرسُ المغْصُوب، فوجهان في أنَّه، هل يسهم له: وجّه المنع: أنَّ ركُوبَهُ وإحضارَهُ حرامٌ شرعاً، فكان كالمعدومِ، والأصحُ الإثبات؛ لحصول الغناء به، وعلى هذا، فهو للمالِكِ[1] أو للغَاصِبِ الراكِبِ فيه قولان، ويقال: وجّهَان؛ وجه الأوَّل: أنَّ منافعَ الفَرَسِ وفوائِدَهُ للمالِكِ، والأصحُ الثاني، لأنه الذي أحْضَرَهُ، وشَهِدَ به الوقعةَ، وفي «تعليق» الشيخ أبي حامد ـ رحمه الله ـ «بناءُ هذا الخلافِ علَىٰ أنَّ ربح الدراهِمِ المغْصُوبَة، للمالك أو للغَاصِبِ» وقد عرفْتَ بما ذكرنا أنَّ قوله في الكتاب يُسَوَّىٰ بينَ الجميعَ في القسْمَة يعني قسْمَةَ الأخماس الأربعةِ، ولو حمل علَىٰ جميع الغنيمة، لاحتيج إلى استثناء أصْحَاب النَّفَل والسَّلَب أيضاً، ثم هو مُعْلَمٌ بالحاء والميم؛ لأن عندهما يجوز للإمام تفْضيلُ بعض الفارِسين علَىٰ بعض، وبعض الراجلين على بعض، كما يراه، وجوز مالك ـ رحمه الله ـ: أن يعطي غَيْرَ مَنْ شَهِدَ الوقعة أيضاً.

وقوله: «إنه يعطي ثلاثة أسهم» معلَمٌ بالحاء، ويجوزُ أن يعلم قوله «إلا لراكب خَيْل» بالألف؛ لأن عند أحمد: يجعلُ للبَعِير سهم.

وقوله: «ثم لا فَرْقَ في الفَرَسِ» مُعْلَمٌ بالألف والواو، وكذا قوله: «لم يُعْط إلاَّ لأحدهما»، وقوله: «وكذا للمغصوب» بالواو، ويمكِنُ أنْ يعلم قوله «فقولان» بالواو؛ لأنَّ صاحِبَ «الشامل» رأَى القَطْعَ بأنه للغَاصِبِ.

فَرْعٌ:

إذا كان القتالُ في ماءٍ أو حصنٍ، وقد أحضر الفرس، أسْهم لفرسه؛ لأنَّه قد يحتاج إلى الركوبِ، حكى ذلك عن نَصِّه في «الأمّ» وحمله القاضي ابن كج: «علَىٰ ما إذا كَانُوا بالقُرْبِ من السَّاحِل» واحتملَ أنْ يَخْرُجَ، ويَرْكَبُ، فأما إذا لم يَحْتَمِلِ، الحالُ الرُّكُوبَ، فَلاَ معنَىٰ لإعطاءِ سَهْمِ الفَرَسِ.

ولك أن تقولُ: قضيةُ التوْجِيهِ المذْكُور أنْ يسْهِمَ لفرَسَيْنِ وأكثر؛ لأنَّه قد يحتاجُ إلَىٰ ركوب الثاني والثالِثِ، وقد التزم مؤنتهما، ويُرْضَخُ للصبيِّ والذميِّ والفارسين أكثَرَ مما إذا كَانَا راجِلِينَ، ولو أحضر اثنان فرساً مشتركاً بينهما، فلا يعطَيَانِ سهْمَ الفرس؛ لأنه لم يَحْضُر واحدٌ منهما بفرس تامٍّ، أو يعطَىٰ كلُّ واحدٍ منهما سَهْمَ فرس؛ لأنَّ معه

---

(١) قال الأذرعي: هذا في مالك لم يشهد الواقعة فأما شاهدها المسلم الكامل فسهما فرسه له للغاصب ولا لمن وجده ضائعاً أو عائراً فجاهد عليه.

فرساً، قد يركبه أو يُعْطَيَانِ سهم فرس مناصَفَةً؟ فيه ثلاثة أوجه[١] مذكورة في «أمالي أبي الفرج السرخَسِيِّ» ـ رحمه الله ـ ولو ركب اثنان فَرَساً وشهدا الوقْعَةَ، حكى القاضي ابن كجٍّ عن أبي الحُسَيْن عن بعض الأصحاب: «أنَّهُمَا كفارِسَيْنِ، يجعل لهما ستَّةُ أسهم» واستبعَدَهُ، وعن بعْضِهِمْ أنهما كراجِلَيْنِ، لتعذُّر الكرِّ والفرِّ، قال: «وعندي يجب أنْ يُجْعَلَ لهما أربعة أسهمٍ، سهمان لهما، وسهمان للفرس»[٢] والله أعلم.

(١) قال النووي: لعله الأصح المناصفة والله أعلم.

(٢) قال النووي في زياداته: اختار ابن كج في «التجريد» وجهاً رابعاً حسناً أنه كان فيه قوة الكرّ والفرّ مع ركوبهما، فأربعة أسهم، وإلاّ، فسهمان.

ومن مسائل الباب: لو دخل دار الحرب راجلاً، ثم حصّل فرساً ببيع أو إعارة أو غيرهما، وحضر به الحرب، أسهم له. قال صاحب «العدة»: ولو حضر فارساً، فضاع فرسه، فأخذه رجل وقاتل عليه، فأسهم المقاتل له وللفرس، كان سهما الفرس لمالكه، لأنه شهد الوقعة وفرسه حاضر ولم يوجد منه اختيار إزالة يد، فصار كما لو كان معه ولم يقاتل عليه، ويفارق المغصوب حيث قلنا: سهم الفرس للغاصب على المذهب، لأن المالك لم يشهد الوقعة.

ومنها: الأعمى، والزَّمِن، ومقطوع اليدين والرجلين، المذهب: أنه لا يسهم لهم، لكن يرضخ. وحكى الجرجاني في استحقاقهم السهم قولين.

ولو شرط الإمام للجيش أن لا يخمس عليهم، فشرطه باطل، ويجب تخميس ما غنموا، وسواء ذلك لضرورة، أم لا. وحكى ابن كج وجهاً أنه إن شرطه لضرورة، لم يخمس، وهذا شاذ باطل.

ولو غزت طائفة بغير إذن الإمام فغنمت، خمّس على المذهب، وبه قطع الجمهور. وحكى ابن كج وجهاً: أنه لا يخمس، وهو باطل. ولو كان معه فرس فلم يركبه ولم يعلم به، قال ابن كج: لم يسهم له بلا خلاف. قال: ولو علم به ولم يركبه بحال، فلا سهم له. قال: وعندي يسهم له إذا كان يمكنه ركوبه ولم يحتج إليه. والله أعلم.

وهذا قد صرح به الرافعي في الكلام على الغنيمة لمن شهد الوقعة، وما حكاه عن الجرجاني هو موجود في التحرير وجزم في المعاياة بأنه يسهم للمريض والزمن قال: لأنهم من أهل الجهاد وإنما يسقط للعجز فأشبه المريض إذا حضر الجمعة يعتد به. وكذا قاله صاحب الكافي: إن كان يرجى زوال مرضه أسهم قطعاً وكذا إن لم يرج على الأصح.

كِتَابُ قَسمِ الصَّدَقَاتِ وَفِيهِ بَابَانِ

البَابُ الأَوَّلُ فِي بَيَانِ الأَصْنَافِ الثَّمَانِيَةِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الصِّنفُ الأَوَّلُ الفَقِيرُ وَهُوَ الَّذِي لاَ يَمْلِكُ أَصْلاً وَلاَ يَقْدِرُ (ح) عَلَىٰ كَسْبٍ يَلِيقُ بِمُرُوءَتِهِ، أَوْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَىٰ كَسْبٍ وَلَكِنْ يَمْنَعُهُ ٱلاشْتِغَالُ بِهِ عَنِ التَّفَقهِ وَهُوَ مُتَفَقِّهٌ، وَإِنْ كَانَ يَمْنَعُهُ عَنِ ٱسْتِغْرَاقِ الوَقْتِ بِالعِبَادَاتِ، فَلاَ يُعْطَىٰ سَهمَ الفُقَرَاءِ، وَلاَ يُشْتَرَطُ الزَّمَانَةُ، وَلاَ التَّعَفُّفُ عَنِ السُّؤَالِ فِي ٱسْتِحْقَاقِ هَذَا السَّهمِ عَلَىٰ الجَدِيدِ (و).**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: اسم الصَّدَقَاتِ يشملُ الزكَوَاتِ والتطوُّعات، والكِتَابُ وافٍ بالنَّوْعَيْنِ، وأنهما إِلَىٰ من يصرفان؟ وكيف يُصْرَفَان؟ إلاَّ أنَّ النوْعَ الثانِيَ لا يطُولُ الكلامُ فيه، فرسه مسألةً في آخر الباب الثاني، وحقُّه أنْ يقطعَ عنِ النَّوْع الأول بالكلِّيَّة، ولا يجعل مسألةً في فصوله، أما الزكاةُ: فالقَوْلُ فيما تُؤَدِّي وَتُؤَدَّىٰ منه، ومَنْ عليه مستوفًى في «كتاب الزكاة»، وأما الذي تؤدَّىٰ إليه، فله عَقْدُ هذا الكتاب، ثم من الأصحابَ مَنْ يُورِدُ مقْصُود هذا البَابِ في «كتَابِ الزكاة» مَقْروناً بسائِرِ فُصُولِهَا، والشافعيُّ وأكثر الأصْحَابِ ـ رضي الله عنهم ـ أوردُوهُ ها هنا مقروناً بقسم «الفيء والغنيمة»، ولكلٍّ وجهٌ؛ فالأول ظاهِرةٌ، وأما الثانِي؛ فَلأَنَّ كلَّ واحدٍ من هذه الأموالِ يتولَّى الإمامُ جَمْعَها، ثم تفريقَهَا، وقِسْمَتَها علَىٰ من يضرب فيها بسَهْمٍ إلاَّ أنَّ ذلك يحصُلُ من الكفار، وهذا من المسلِمِينَ، والأصلُ فيه قولُهُ تعَالَىٰ: **﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ﴾** [التوبة ـ٦٠] الآية، ولا بدَّ من بيان الأصنافِ الثمانيةِ، وكيفية الصَّرْف إليهم فأودعهما في بابين.

أما الأول: فالصِّنف الأوَّل: «الفقيرُ»؛ وهو الذي لا مَالَ له، ولا كَسب يقع موقعاً من حاجته فالمالُ الذي لا يقع موقعاً؛ كما إذا كان يحتاجُ إِلَىٰ عشرةٍ، وهو لا يملك إلاَّ درهَمَيْنِ أو ثلاثةً، لا يُسْلَبُ اسم الفقير، وكذا الدَّارُ التي يسكُنُها، والثوبُ الَّذي يلبسُهُ متجمِّلاً به، ذكره صاحب «التهذيب» وغيره، ولم يتعرَّضوا لِعَبْدِهِ، الَّذي يحتاجُ إِلَىٰ خدمته، وهو في سائر الأصُولِ ملحقٌ بالمسكن[1] ولو كان عليه دَيْنٌ، فيمكن أنْ يقال:

(١) قال النووي: قد صرَّح ابن كج في كتابه «التجريد»: بأنه كالمسكن وهو متعين والله أعلم.

القَدْرُ الذي يؤدَّى به الدَّيْنُ لا عبرةَ به في مَنْعِ الاستحقاق؛ كما لا عبرة به في وجُوبِ نفقة القريب، وكذا في زكاة الفِطْرِ على الوَجْهِ الذي مَرَّ في موضِعِهِ، وفي «فتاوى» صاحِبِ «التهذيب»: أنه لا يُعْطَىٰ من سهم الفقراءِ حتَّىٰ يُصْرَفَ ما عنده إلى الدَّيْنِ[١]، قال: «ويجوز أخذ الزكاةِ لِمَنْ مالُهُ علَىٰ مسافةِ القَصْر إلَىٰ أنْ يصل إلى ماله، ولو كان له دَيْنٌ مؤجَّلُ علَىٰ إنسانٍ، فكذلك يأْخُذُ ما يكفيه إلَىٰ حلول الأجلِ، وقد يتردَّد الناظرُ في اشتراطِ كونه علَىٰ مسافة القَصْر.

وإنَّما اعتبر العجْز عن الكَسْب؛ لأن القدرة على الكَسْب بالحِرْفَة بمثابة المَالِ في حصول الكِفَايَة، وقد رُوِي: «أَنَّ رَجُلَيْنِ أَتَيَا رَسُولَ اللهِ ﷺ لِيَسْأَلاَنِهِ الصَّدَقَةَ، فَقَالَ: إنْ شِئْتُمَا أعطيتكما ولاحظ فيها لغنيٍّ، ولا لذِي مرَّةٍ سَوِيٍّ»؛ وهي القُوَّة، ويُرْوَىٰ: «ولا لِذِي قُوَّةٍ مكتسب»[٢].

وعند أبي حنيفةَ: «لا يُعْتبرُ العجْز عن الكَسْب، ويكفي ألا يملك نِصاباً من النقدين ولا ما قيمته نصابٌ، ثم المعتبر العجز عن كسب ما يقع موقعاً من حاجته، لا عَنْ أصل الكَسْب، كما ذكرنا في المال، والمعتَبَرُ الكَسْب بحرْفَةٍ تليقُ بحاله، ومروءته، دون ما لا يليقُ بحاله، ولو قَدَر على الكَسْب إلاَّ أنه مشغولٌ بتحصيلِ بَعْضِ العلوم الشَّرْعية، ولو أقبلَ علَىٰ الكسْبِ، ولا نقطع عن التحْصِيل، تَحلُّ له الزكاة؛ لأنَّ تحصيلَهَا من فروضِ الكفايات، وأما المُعَطَّل المعتكفُ في المدْرَسَةِ، ومن لاَ يتأتَّىٰ منه التحصيلُ، لا يَحِلُّ لهما الزكاةُ مع القُدْرة على الكَسْب[٣]، ومن أقبل علَىٰ نوافِلِ

---

(١) قال الشيخ جلال الدين البلقيني: إن كان المراد أن القريب لا تجب مع الدين فهذا وهم وإن كان المراد أن نفقة القريب تجب مع الدين فالقياس عليه لا له فهو دائر بين وهم وقياس لا يلائم مدعاه. انتهى ما أردته منه وفيما قاله نظر. (قاله البكري في حاشيته).

(٢) أخرجه الشافعي وأحمد وأبو داود والنسائي والدارقطني، من حديث عبد الله بن عدي بن الخيار: أن رجلين أخبراه أنهما أتيا رسول الله ﷺ يسألانه الصدقة، فقلب فيهما النظر، فرآهما جلدين، فقال: إن شئتما أعطيتكما، ولا حظ فيها لغني ولا لقوي مكتسب، لفظ أحمد، زاد الطحاوي في بيان المشكل: أن رجلين من قومه، قال أحمد بن حنبل: ما أجوده من حديث.

(تنبيه) تبين بهذا أن قوله: ولا لذي مرة سوى، ليس هو في هذا المتن، نعم روي في حديث آخر [رواه أحمد والنسائي وابن ماجه وابن حبان والحاكم، من حديث أبي هريرة بلفظ: لا تحل الصدقة لغني، ولا لذي مرة سوى، وأبو داود والترمذي والحاكم من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص بسند حسن، ولفظه: لذي مرة قوي، وفي الباب عن طلحة مثل حديث أبي هريرة ذكره الدارقطني في العلل، ورواه أبو يعلى، وعن ابن عمر في كامل ابن عدي، وعن حبشي بن جنادة في الترمذي، وعن جابر عند الدارقطني ورواه أحمد من طريق أبي زميل عن رجل من بني هلال به، وعن عبد الرحمن بن أبي بكر في الطبراني قاله الحافظ.

(٣) قال النووي: هذا الذي ذكره في المشتغل بالعلم، هو المعروف في كتب أصحابنا وذكر الدارمي=

العباداتِ، وكان الكَسْب يمنعه عَنْها أو عَنِ استغراقِ الوَقْت بها، فلا تَحِلُّ له الصدقة؛ لأن الكسْبَ وقَطْع الطمع عما في يد الناس أولَىٰ من الإقبالِ على النوافِلِ مع الطَّمَع، وإذا لم يجدِ الكَسُوبُ مَنْ يستعملُهُ، حَلَّ له الزكاةُ، وهل يشترط في الفقير الزمانَةُ، والتعفُّف عن السؤال؟ فيه طريقان:

أشهرهما: أنه علَىٰ قولَيْنِ: القديمُ: نعم؛ واحتجَّ له بأنه إذا سأل، أُعْطِي: وإذا لم يكن زَمِناً، كان له نَوْعُ كَسْب؛ فيكون مسكيناً لا فقيراً، وبأنَّ الفقيرَ مشتقٌّ من كسر الفِقَارِ الذي هو مُهْلِكٌ، وقضية هذا الاشتقاقِ عدَمُ القدْرةِ على الإِطْلاَق، والجديدُ لا بل الزَّمِنُ وغير الزمن والسَّائل وغير السائل سواءٌ في الاستحقاق؛ لأن النبيَّ ﷺ «أَعْطَىٰ من سأل الصَّدَقَةَ، وهو غير زمن»[1]، ولأن استحقاقَ الفَقِيرِ بالحاجَةِ، والحاجةُ موجودةٌ، وإن لم يكن زَمِناً، إذا لم تكن له حرفة، أو كانَتْ ضعيفةً، لا وقْعَ لَهَا في حقِّ السائل أيضاً، وبهذا قال المُزَنِيُّ.

والثاني: القَطْعُ بعدم اشتراطِهَا، وإليه مال المُعْتَبَرُونَ، وأَولُّوا ما نقل عن القديم، ومنَعُوا التوجيهَ المذكورَ.

وقوله في الكتاب: «وهو الَّذِي لا يملك شَيْئاً أَصْلاً» غيْرُ معمولٍ بظاهره، بل المعنَىٰ: أنه لا يملك شيئاً أو لا يملك إلاَّ مالاً، وقع له بالإضافةِ إلَىٰ حاجته، وكذا قوله: «ولا يَقْدِرُ علَىٰ كسب يليق بمروءته» وليعلم بالحاء؛ لما ذكرنا، وقوله: «على الجديد» بالواو؛ للطريقة الأُخْرَىٰ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَالمَكْفِيُّ بِنَفَقَةِ أَبيه هَلْ يُعْطَىٰ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلاَ يَجُوزُ لِلأَبِ إِعْطَاؤُهُ قَطْعاً، لِأَنَّه يَدْفَعُ النَّفَقَةَ عَنْ نَفسِهِ، وَالمَكْفِيَّةُ بِنفَقَةِ زَوْجِهَا لاَ تُعْطَىٰ عَلَىٰ أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ، لِأَنَّ نَفَقَتَها كَالعِوَضِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصودُ الفَصْلِ الكلامُ في أَنَّ المكتفِيَ بإنفاق أبيه أو غيره؛ ممَّن يلْزَمُهُم النفقةُ والفقيرة الَّتِي ينفق علَيْهَا الزوجُ الغَنِيُّ[2]، هل يعطيانِ من سهم الفقراء؟

= فيه ثلاثة أوجه. أحدها: يستحق، والثاني: لا، والثالث: إن كان نجيباً يرجى تفقهه ونفع الناس به، استحق، وإلا، فلا.

(١) رواه مسلم من حديث أنس: كنت أمشي مع رسول الله ﷺ وعليه رداء نجراني غليظ الحاشية، فأدركه أعرابي فجبذه بردائه جبذة شديدة ـ الحديث ـ وفيه: ثم أمر له بعطاء، وأكثر أحاديث الباب شاهدة لذلك.

(٢) تقييده الزوج بالغني يفهم أنه لو كان لها زوجاً فقيراً أنها تعطي.
قال الشيخ جلال الدين البلقيني: وفيه نظر لأن الفقير يلزمه نفقة المعسرين والنفقة مطلقاً فيها كفاية فهي مكتفية بنفقة، وإن كانت نفقة المعسرين، نعم لو كان معسراً لا يجد نفقة المعسرين فيظهر أن تعطي الزكاة إذا أعطاها غير من تلزمه نفقته.

ويقدِّم على المسألتين أنَّه لو وَقَفَ علَىٰ فقراء أقاربه أو أوصَىٰ لهم بمالٍ، وكانا في أقاربه، هل يستحقَّانِ سهماً من الوقْفِ والوصية؟ وفيه أربعة أوجهٍ، حكاها الشيخ أبو عَلِيٍّ في الشرح:

أحدها: وبه قال ابن الحَدَّاد: نَعَمْ؛ لأنهما فقيرانِ في نفسهما، إلاَّ أنَّ هناك من يَمُونُهُمَا.

والثاني: ويُحكَىٰ عن أبي زيد، والخُضَرِيِّ لا؛ لأنهما غنيان بالنَّفقة المستحَقَّة لهما، فصَارَ كمن حَصَلَتْ كفايته في كسبه أو من ضيعة موقوفة عليه.

والثالث: عن الأودني فيما نقله الفقيه أبو يعقوبَ عنه: أنْ مَنْ في نفقةِ القَرِيبِ يستحِقُّ دون الزوجة، والفرق أنها تستحق النفقة عوضاً، وهي تستقرُّ في ذمَّة الزوج، فتكون غنيةً به، كدَيْنٍ في ذمَّةِ الغَيْرِ حَالٌ أو مؤَجَّلٍ، يكون صاحبه غنيّاً به والقريبُ يواسِيهِ القريبُ يوماً يوماً، ولا يستقرُّ له في ذمَّتِهِ شيء، يكون غنيّاً به.

والرابع: أنَّ الزوجةَ تستحِقُّ دون مَنْ في نفقة القريب، والفرقُ: أَنَّ القريبَ يلزمُهُ كفايةُ أمْرِ القريب مِنْ كُلِّ وجهٍ، حتَّى الدواء وأجرة الطبيب، فاندفَعَتْ حاجاته بالكلِّية، والزوجة ليسَ لها إلاَّ مُقَدَّر، وربما لا يكفيها، فتبقَىٰ محتاجة.

إذا تقرَّر ذلك، جئنَا إلَىٰ الزكاة، فإنْ قُلْنا: لاَ استحقاقَ لَهُما في قدر الوَقْف والوصيَّة، فلا يعطيان من الزكاة؛ لعَدَم الحاجة، وهو الأصحُّ عند الشيخ أبي علي وغيره، وإنْ قلنا: إنَّ لهما حقّاً هناك، فهاَ هنا وجهان:

أصحهما: أنَّ الجواب كذلك.

والثاني: المنْعُ، وبه قال ابن الحدَّاد، والفَرْق. أنَّ الاسْتِحْقَاق في الوَقْفِ باسْم الفقيرِ، ولا يزولُ اسم الفقير بقِيَام غيره بأمره، والاستحقاق في الزكاة بالحَاجَةِ، ولاَ حاجة مَعَ توجُّه النفقة على الغَيْر، فأشبه المكتسب الَّذي يكتسبُ كلَّ يوم قدْرَ كفايتِهِ، حيثُ لا يجُوزُ له الأخذ، وإن كان معدوداً في الفقراء، ومَنْ قال بالأوَّلَ، مَنَعَ هَذا، وقال: الاستحقاقَانِ منوطَانِ بالفَقْر، فوجب التسويةُ بين البابين، كما أنَّ الوصيَّة لأبناء السبيل محمولةٌ علَىٰ ما يحمل عليه ابن السبيل في آية الزكاة، ثم الوجْهانِ في مسألة القَرِيب، فيما إذا أعطاهُ غَيْر من ينفق عليه من سَهْم الفقراء والمساكين، ولا كَلاَمَ في أنه يُعْطِيهِ من سائر السهام، وأما المتفق عليه، فلا يعطيه مِن سَهْم الفقراء والمساكين، لا محالة؛ لمعنيين:

أحدهما: كونه غنيّاً بتلك النفقة، علَىٰ ما ذكرناه.

والثاني: أنه بالصَّرْف إليه يجرُّ نفعاً إلَىٰ نفسه، وهو دفع النفقة، عن نفسه وله أن

يعطيَهُ مِنْ سَهْم الغارمينَ، والعاملين، والمكاتِبِينَ والغُزَاة، إذا كانوا[١] بهذه الصِّفَات[٢]، وكذا مِنْ سهمُ المُؤَلَّفة إلاَّ أنْ يكون فقيراً؛ فإنَّه حينئذٍ يسقط النفقة عَنْ نَفْسه، ويجوز أنْ يعْطِيَه مِنْ سَهْم أبناء السبيل قَدْرَ مؤنة السَّفَر، دون ما يحتاج إلَيْه سفراً وحَضَراً، فإنَّ هذا القَدْر هو المستحَقُّ عليه، وأما في مسألة الزوْجَةِ، فالوجهان في أنَّ غيْر الزَّوْج، هَلْ يعطيها مِنْ سَهْم الفقراء والمساكين، بجريان في الزوج أيضاً؛ لأنه بالصَّرْف إلَيْها لاَ يَدْفَع النفقة عن نَفْسِه، بل نفقتها عوضٌ لازمٌ، غنيةً كانت أو فقيرةً، فصار كما لو استأجَرَ فقيراً، يجوز له صَرْفُ الزكاة إليه مع الأجرة، فإنْ منعنا، فلو كانت ناشزةً، ففي «التهذيب» أنه يجوز أنْ يُعْطِيَها؛ لأنَّه لا نفقةَ لها، وجوابُ الشيخ أبي حامد والأكثرين: المنع، لِأَنها قادرةٌ علَىٰ ترك النُّشوزْ والعَوْد إلَىٰ الطاعة، فأشبهتِ القادِرَ على الاكتساب، ويجوز للزَّوْجِ أنْ يعطيَهَا مِنْ سهم المكاتبين والغارمين، قال في «التتمة»: «وكذا مِنْ سَهْمِ المؤلَّفة».

وفي «تعليق الشيخ أبي حامد» أنَّ المرأة لا تكون مِنَ المؤلَّفة، والأول هو المقْبُولُ، ولا تكون المرأةُ عاملةً، ولا تصلُحُ للجهاد، وأما سهْمُ ابنِ السبيل، فإنْ سافرَتْ مع الزوجِ، لم تُعْطَ منه، لأنَّها إنْ سافرت بإذْنِهِ، فهي مكفيَّة المؤنة، وإنْ سافرَتْ بغَيْر إذنه، فالنفقة عليه؛ لأنها معه، هكذا ذكروه، ولا تُعْطَىٰ مؤنة السفر؛ لأنها[٣] عاصيةٌ بالخُرُوج، وإنْ سافرتْ وحْدَها، نُظِرَ: إنْ خرجت بإذْنِهِ، فإنْ أوجبنا نفقتها، فتُعْطَىٰ من سهم ابْنِ السبيل مؤنةَ السَّفَر، وإن لم نوجِبْها، فتُعْطَىٰ جميعَ كَفَايَتَها، وإن خرجَتْ بغير إذنه، لم تُعْطَ منه؛ لأنها عاصيةٌ، ويجوز أن تُعْطَىٰ هذه من سهْمِ

---

(١) في ز: كان.

(٢) قال في المهمات: ما ذكره يعني الرافعي في إيجاب نفقة المكاتب على قريبه تابعه في الروضة ولم يستحضروا النفقات ما سبق لهما في هذا الباب، فإن الرافعي حكى فيها هناك احتمالين عن الحاوي وزاد النووي على ذلك فصحح عدم الوجوب وعلل بأنه رقيق.

(٣) قال النووي: قال أصحابنا: مؤنة سفرها معه إن كان بإذنه، فهي عليه، فلا تعطي وإن كان بغير إذنه، فلا تعطي الحمولة على الأصح، لأنها عاصية. وقال الشيخ أبو حامد: تعطي. والله أعلم.
قال في المهمات: لم يبين هل المراد عدم الكفاية في ذلك اليوم أم في تلك السنة أم في العمر الغالب وقد استنبطت من كلامهم ما يبين أن المراد السنة، فإن الرافعي ذكر في كتاب الإيمان أن المسكين ينتقل إلى التكفير بالصوم، وذكر في كتاب الظهار أن الانتقال إلى الصوم شرط العجز عن السنة أم عن العمر الغالب فيه احتمالان. قال النووي: الصواب منهما اعتبار السنة فيثبت من مجموع كلام الرافعي والنووي أن المراد بعدم الكفاية إنما هو في السنة فافهم ذلك فإنه عزيز مهم، فعلى هذا من عجز عن كفاية السنة فهو مسكين حينئذ فهل يعطى له كفاية سنة أم كفاية العمر الغالب فيه الخلاف المشهور ومن معه كفاية سنة لا يعطى شيئاً لأنه ليس بفقير ولا مسكين حالة الإعطاء وإن كنا نعطيه العمر الغالب، لو نقص ما معه عن السنة.

الفقراء والمساكين؛ بخلاف النَّاشِزَة؛ لأنَّها تَقْدِر على العود إلَىٰ يده وطاعته والمسافرة لا تَقْدِر، فإنْ تركَتْ سفرها، وعزمت علَىٰ أنْ تعُودَ إلَيْه، فتعطَىٰ من سهم ابن السَّبيل، وقوله في الكتاب: «والمكفي بنفقة أبيه، هل يعطَىٰ»، يعني من سهم الفقراء والمساكين، ونصَّ في مسألة الزوجةِ علَىٰ أن أظهر الوجهين: المَنْعُ، وفي المسألة الأولَىٰ: «أرسل الوجهين إشارةً إلَىٰ ترتيب الخلافِ في الزوجة على الخلاَفِ في القريب، وأولويَّة المنع فيه؛ لأنَّ نفقتها عوضٌ، علَىٰ ما مر، وقَدْ صرَّح بذلك في «الوسيط».

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِي: اَلْمِسْكِينُ وَهُوَ كُلُّ مَنْ لاَ يَمْلِكُ قَدْرَ كِفَايَتِهِ وَإِنْ مَلَكَ وَقَدَرَ عَلَىٰ الكَسْبِ، وَالفَقِيرُ أَشَدُّ حَالاً مِنْهُ (ح م و).

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الصِّنفُ الثاني المِسْكِينُ؛ وهو الذي يمْلِكُ من المال ما يَقَعُ موقعاً من حاجَتِهِ، وكفايته، لكنه لا يكْفِيه، كما إذا احْتَاج إلَىٰ عشرة، وهو يملك سبْعةً أو ثمانيةً وفي معناه مَنْ يقدِرُ على كَسْبِ ما يقع موقعاً، ولا يكفي، ولا فَرْقَ بين أنْ يكونَ ما يمْلِكُه من المال نِصاباً أو أقلَّ أو أكثَرَ،[1] وعن أبي حنيفة: إذا ملك نِصَاباً من الأثمان، لم يُعْطَ شيئاً من الزكاة، وكذا إذا مَلَكَ شيئاً قيمته نِصابٌ فاضلاً عن مسكنه وخادمه.

وقال أحمد: «إنْ ملك خمسينَ درهماً، لم يُعْطَ شيئاً مِنَ الزَّكَاةِ».

واحتجَّ الأصحاب بما رُوِيَ أنه ﷺ قال: «لا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ إلاَّ لِثَلاَثَةٍ»[2] فذكر رجُلاً أصابته جائحةٌ، فاجتاحَتْ ماله، فحلَّت له الصدقة، حتَّىٰ يصيب سداداً من عَيْشٍ، ومن لم يجدْ ما يكفيه، لم يصب سداداً من عيش، ولا يعتبر في المسكين السُّؤَال، قطع به أكثر الأصْحَاب، ومنْهم: من نَقَل عن القَدِيم اعتبارَهُ، ولفظ المزنيِّ في «المختصر» يُمْكِنُ تنزيله على الطَّريقَيْنِ، وإذا عرِف تفسير المسكين والفَقِيرِ، عرف أنَّ الفقير أشدُّ حالاً من المسْكِينِ، وبه قال أحمدُ.

وقال أبو حنيفة: «المسكينُ أشدُّ حالاً من الفقير» وعكَسَ التفسيرَ، وبه قال أبو إِسحاق المروزيُّ، واحتج الأصحاب بقوله تعالَىٰ: **﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ﴾ [الكهف ـ ٧٩]** الآيَةَ، سمَّى الذين لَهُمُ السفينةُ يعملون في البَحْرِ مساكينَ، فدلَّ على أن المسكين مَنْ يملِكُ شيئاً، وأيضاً: فإنَّ النبيَّ ﷺ: «اسْتَعَاذَ من الفقر»، وقال: «أحيني

---

(١) في ب: وعند.

(٢) رواه مسلم كما سبق في التفليس وفي الباب عن ابن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: من سأل وله ما يغنيه جاءت يوم القيامة خموش أو خدوش أو كدوح في وجهه، فقيل: يا رسول الله وما الغني؟ قال: خمسون درهماً أو قيمتها من الذهب، أخرجه أصحاب السنن.

مسكيناً[١] ولِمَنْ قال بالأوّلِ أن يقول: فسَّرْتم المسكينَ بمَنْ له شيءٌ، يقع موقعاً من كفايته، لا بمُطْلَق من يملك شيئاً؛ فلِمَ قلتم: إنَّ السفينة كانت تقع موقعاً من كِفَايَتِهِمْ، وأما الثاني، فكما نقل «أحيني مسكيناً» نقل الفقير، فجرى ونحوه والخلافُ مع أبي حنيفة في الفقير والمسكينِ لا يظهر أثَرُهُ في الزكاة؛ لأنَّه يجوزُ عنده الصَّرْف إلى صنفٍ واحدٍ، ولكنه يظهر فيما إذا أوصَىٰ للفقراء دُونَ المَسَاكِين، أو بالعَكْس، أو نَذَر، أو حَلَفَ أنْ يتصدَّق علَىٰ أحدهما، دون الآخر، ويجوز أن يُعْلَمَ قوله في الكتاب: «والفقيرُ أشَدُّ حالاً منه» مع الحاء والواو بالميم؛ لأنَّ الحكاية عن مالك مثل قول أبي حنيفة. واعْلَمْ: أنَّ المعتبر من قولنا يقع موقعاً من كفايته وحاجته أو لا يقع: المطْعَمُ، والمسْكَنُ، والمَلْبَسُ، وسائرُ مَا لا بُدَّ منه، علَىٰ ما يليق بالحالِ، مِنْ غير إسرافٍ، ولا تقتير، لنَفْسِ الشخْصِ، ولمن هو في نفقتِهِ.

«فَرْعٌ»:

سُئِلَ صاحبُ الكتاب عن القَوِيِّ من أهل البيوتات الَّذين لم تَجْرِ عادتهم بالتكسُّب بالبدن، هل له أنْ يأخذ من الزكاة فأجاب أنْ: نعم، وهو مستمرٌّ علَىٰ ما سبق أنَّ المعتبرَ الكسْبُ بحرفة تليقُ بحاله[٢]، وكما لا يعتدُّ بالحرفة التي لا تلِيقُ بحاله، لا يعتد بأصل الحرفة في حقِّ من لا يليقُ به.

---

(١) هذان حديثان، أما الأول فمتفق عليه من حديث عائشة أتم منه، وفي الباب عن أبي هريرة في أبي داود والنسائي وصحيحي ابن حبان والحاكم، وعندهما من حديث أبي بكرة نفيع بن الحارث وأبي سعيد وأنس نحوه، وأما الثاني فرواه الترمذي من حديث أنس أتم منه أيضاً واستغربه، وإسناده ضعيف، وفي الباب عن أبي سعيد رواه ابن ماجه وفي إسناده ضعف أيضاً، وله طريق أخرى في المستدرك من حديث عطاء عنه، وطوله البيهقي، ورواه البيهقي من حديث عبادة بن الصامت.

(تنبيه) أسرف ابن الجوزي فذكر هذا الحديث في الموضوعات: وكأنه أقدم عليه لما رآه مبايناً للحال التي مات عليها النبي ﷺ، لأنه كان مكفياً، وقال البيهقي: ووجهه عند أنه لم يسأل حال المسكنة التي يرجع معناها إلى القلة، وإنما سأل المسكنة التي يرجع معناها إلى الإخبات والتواضع، قوله: يستدل على أن الفقير أحسن حالاً من المسكين بما نقل: الفقر فخري وبه افتخر، وهذا الحديث سئل عنه الحافظ ابن تيمية فقال: إنه كذب لا يعرف في شيء من كتب المسلمين المروية، وجزم الصغاني بأنه موضوع.

(٢) قال النووي: بقيت مسائل تتعلق بالفقير والمسكين.

إحداها: قال الغزالي في «الإحياء»: لو كان له كتب فقه، لم تخرجه عن المسكنة، ولا تلزمه زكاة الفطر. وحكم كتبه حكم أثاث البيت، لأنه محتاج إليها، لكن ينبغي أن يحتاط في فهم الحاجة إلى الكتاب. فالكتاب يحتاج إليه لثلاثة أغراض، من التعليم، والتفرج بالمطالعة، والاستفادة. =

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّالِثُ: العَامِلُ عَلَىٰ الزَّكَاةِ كَالسَّاعِي وَالكَاتِبِ وَالقَسَّامِ وَالحَاشِرِ وَالعرِّيفِ، أَمَّا الإِمَامُ وَالقَاضِي فَرِزْقُهُمْ مِنْ خُمُسِ الخُمُسِ، لِأَنَّ عَمَلَهُمْ عَامٌّ، وَأُجْرَةُ الكَيَّالِ عَلَىٰ المَالِكِ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الصِّنْفُ الثالثُ العامِلُ[1] على الزكاة، ويجب علَىٰ الإمام بعْثُ السُّعَاة؛ لأخذ الصدقات، كما فعله النبيُّ ﷺ والخلفاءُ بعده ايصالاً للحَقِّ إلى المستحِقِّ؛ فإنَّ من أرباب الأموال مَنْ لا يعرِفُ الواجب ومصْرِفَهُ، ومنهم من يَبْخَلُ، أو يتوانى؛ فيضيع المال ومن العاملين على الزكاة سوى الساعي[2] فالكاتب والقسام والحاشر الَّذي يجمع أربابَ الأموال والعرِّيف[3]، وهو كالنَّقِيبِ للقبيلةِ، والحاسب وحافظ المال، قال المسعوديُّ: وكذا الجنديّ، فيسهم من الزكاةِ لهؤلاءِ ولا حق فيها للإمام، ولا لوالي الإقليم، ولا للقاضي، بل رزقهم، إذا لم يتَطوَّعوا منْ خُمُس الخُمُس المرصَدِ للمصالح العامة؛ لأنَّ عملهم عامٌّ، وقد روِي أن ابْنَ عُمَرَ ـ رضي الله عنه ـ «شَرِبَ لَبَناً، فَأَعْجَبَهُ، فَأُخْبِرَ أَنَّهُ مِنْ نَعَمِ الصَّدَقَةِ، فأدْخَلَ أُصْبعَهُ فِي حَلْقِهِ وَاسْتَقَاهُ»[4].

وفي أجرة الكَيَّالِ والوَزَّان، وعادِّ الغَنَم وجهان:

= فالتفرج، لا يعد حاجة، كاقتناء كتب الشعر والتواريخ ونحوها مما لا ينفع في الآخرة، ولا في الدنيا، فهذا يباع في الكفارة وزكاة الفطر، ويمنع اسم المسكنة. وأما حاجة التعلم، فإن كان للتكسب، كالمؤذن والمدرس بأجر، فهذه آلته، فلا تباع في الفطرة كآلة الخياط، وإن كان يدرس للقيام بفرض الكفاية، ثم يبع، ولا تسلبه اسم المسكنة، لأنها حاجة مهمة. وأما حاجة الاستفادة والتعليم من الكتاب، كادخاره كتاب طب ليعالج به نفسه، أو كتاب وعظ ليطالعه ويتعظ به، فإن كان في البلد طبيب وواعظ، فهو مستغنٍ عن الكتاب وإلا، فهو محتاج. ثم ربما لا يحتاج إلى مطالعته إلا بعد مدة، فينبغي أن تضبط فيقال: ما لا يحتاج إليه في السنة، فهو مستغن عنه. فتقدر حاجة أثاث البيت وثياب البدن بالسنة، فلا تباع ثياب الشتاء في الصيف، ولا ثياب الصيف في الشتاء، والكتب بالثياب أشبه. وقد يكون له من كتاب نسختان، فلا حاجة إلى إحداهما فإن قال: إحداهما أصح، والأخرى أحسن، قلنا: اكتفِ بالأصح، وبع الأحسن، وإن كان نسختان من علم واحد، إحداهما مبسوطة، والأخرى وجيزة، فإن كان مقصوده الاستفادة، فليكتف بالبسيط، وإن كان قصده التدريسَ احتاج إليهما. هذا آخر كلام الغزالي، وهو حسن، إلا قوله في كتاب الوعظ أنه يكتفي بالواعظ، فليس بمختار، لأنه ليس كل واحد ينتفع بالواعظ كانتفاعه في خلوته وعلى حسب إرادته.

ولو كان له عقار ينقص دخله عن كفايته، فهو فقير أو مسكين، فيعطى من الزكاة تمامها، ولا يكلف بيعها. ذكره الجرجاني في «التحرير» والشيخ نصر وآخرون.

(١) وإن كان غنياً. (٢) وهو الذي يبعثه الإمام لآخذ الصدقات.

(٣) وهو الذي يعرف أرباب الاستحقاق. (٤) البيهقي في السنن الكبرى.

قال أبو إسحاق: إنها مِنْ سَهْم العاملين؛ لأنهم من العامِلِينَ ولأنّا لو ألزمناها المَالِك، لزدْنا في قَدْر الواجِب، والأصحُّ، وبه قال ابن أبي هريرة: أنّهَا على المالك؛ لأن الكيل والوزن والعَدَّ؛ لتوفية الواجب، والتوفية على المَالِكِ، فصار كأجرةِ الكَيَّال والوَزَّان في البيع؛ فإنها على البائع[1]؛ لأنَّ عليه التوفيةَ، وإذا لم تَقَعِ الكفايةُ بعامِلٍ واحِدٍ من ساعٍ أو كاتبٍ أو غيرهما، زِيدَ بحَسَب الحَاجَة.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرَّابِعُ: الْمُؤَلَّفَةُ قُلُوبُهُمْ، وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يُعْطَىٰ هَذَا السَّهْمَ لِكَافِرٍ تَأَلُّفاً عَلَىٰ الإِسْلاَمِ إِذْ لاَ صَدَقَةَ لِكَافِرٍ، أَمَّا الْمُسْلِمُ إِذَا كَانَ ضَعِيفَ النِّيَّةِ فِي الإِسْلاَمِ فَهَلْ يَتَأَلَّفُ تَقْرِيراً لَهُ عَلَيْهِ بِإِعْطَاءِ مَالٍ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ، وَكَذَا مَنْ لَهُ نُظَرَاءُ فِي الْكُفْرِ يُنْتَظَرُ فِي إِعْطَائِهِ إِسْلاَمُهُمْ أَحَدُ الْقَوْلَيْنِ أَنَّهُمْ لاَ يُعْطَوْنَ لاَسْتِغْنَاءِ الإِسْلاَمِ عَنِ التَّأَلُّفِ، وَالثَّانِي: نَعَمْ تَأَسِّياً بِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَعَلَىٰ هَذَا فَقَوْلاَنِ: (أَحَدُهُمَا:) أَنَّهُ يُعْطَىٰ مِنَ الْمَصَالِحِ (وَالثَّانِي:) مِنَ الزَّكَاةِ إِذْ هُوَ الْمُرَادُ بِالْمُؤَلَّفَةِ، وَأَمَّا مَنْ يَتَأَلَّفُ عَلَىٰ الْجِهَادِ مَعَ الْكُفَّارِ أَوْ مَعَ مَانِعِي الزَّكَاةِ إِنْ كَانَ تَأَلُّفُهُمْ بِمَالٍ أَهْوَنَ عَلَىٰ الإِمَامِ مِنْ بَعْثِ جَيْشٍ لِقُرْبِهِمْ مِنَ الْمَقْصُودِينَ بِالْقِتَالِ فَهَؤُلاَءِ يُعْطَوْنَ قَطْعاً، وَفِي مَحَلِّهِ أَرْبَعَةُ أَوْجُهٍ، وَقِيلَ: قَوْلاَنِ: (أَحَدُهَا): أَنَّهُ مِنَ الْمَصَالِحِ (والثَّانِي:) مِنْ سَهْمِ الْمُؤَلَّفَةِ (والثَّالِثُ:) مِنْ سَهْمِ سَبِيلِ اللَّهِ فَإِنَّهُ تَأَلُّفٌ عَلَيَ الْجِهَادِ (وَالرَّابِعُ): (و) إِنْ رَأَي الإِمَامُ أَنْ يَجْمَعُ بَيْنَ سَهْمِ الْمُؤَلَّفَةِ وَسَهْمِ سَبِيلِ اللَّهِ فَعَلَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الصنف الرابع المؤلَّفة، وهم ضربان كفارٌ ومسلمون:

أما الضرب الأول: فهم الذين يميلون إلى الإسلام، فيرغبون فيه بإعطاء مال، والذين نخاف شرهم، فيتألفون لدفع الشر، وهؤلاء لا يُعْطَوْنَ شيئاً من الزكاة؛ إذ لا حق فيها لكافر، واحتج له بأنَّ النبيَّ ﷺ قال لمعاذ ـ رضي الله عنه ـ «أَعْلِمْهُمْ أَنَّ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ وَتُرَدُّ عَلَىٰ فُقَرائِهِمْ»[2].

وقال أبو حنيفة: «يجوز دفع صدقة الفطر إلى الكافر»؛ واعلم كذلك قوله في الكتاب: «إِذْ لاَ صَدَقَةَ لِكَافِرٍ»، وأما مُنْ غير الزكاة، فقولان:

---

(١) قال النووي: هذا الخلاف في الكيال ونحوه، ممن يميز نصيب الفقراء من نصيب المالك. فأما الذي يميز بين الأصناف، فأجرته من سهم العاملين بلا خلاف. وأما أجرة الراعي بعد قبضها، فهل هي في سهم العاملين، أم في جملة الصدقات؟ وجهان حكاهما في «المستظهري». أصحهما: الثاني، وبه قطع صاحب «العدة». وأجرة الناقل والمخزن، في الجملة. وأما مؤنة إحضار الماشية ليعدها الساعي، فعلى المالك.

(٢) متفق عليه وقد تقدم.

أحدهما: يُعْطَوْنَ من خمس الخمس؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ كَانَ يُعْطِيهِمْ[١]؛ ولنا فيه أسوة حسنة، وقد تدعوا الحاجة إليه.

وأصحهما: المنع؛ لأن الله تعالى أعزَّ الإسلام وأهله، وأغنى عن التألُّف، وقد رُوِيَ أنَّ مشركاً، جاء إلى عُمَرَ ـ رضي الله عنه ـ يلتمس مالاً، فلم يعط، وقال: ﴿مَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيَكْفُرْ﴾ [الكهف ـ ٢٩] وأيضاً، فخمس الخمس كان لرسول الله ﷺ يفعل فيه ما شاء؛ بخلاف من بعده، وأشار بعضهم إلى رفع الخلاف، وقال: لا يُعْطَوْنَ إلاَّ أنْ تنزل بالمسلمين نازلة، أو تمس إليه الحاجة.

الضرب الثاني: مؤلَّفة المسلمين، وهم أصناف:

صنف دخلوا في الإسلام، ونيتهم ضعيفة، فيتألفون ليثبتوا، وآخرون لهم شرف في قومهم يَبْتَغِي بتألفهم رغبةُ نظرائهم في الإسلام، ففي هذين الصنفين قولان:

أحدهما: أنهما يعطيان تأسِّياً برسول الله ﷺ، فإنه أعطى بالمعنى الأول عُيَيْنَة بن حُصَنْ، والأقرع بن حابِس، وأبا سفيان بن حَرْب، وصفوانَ بْنَ أمية[٢]، وبالمعنى الثاني عديَّ بْنَ حاتم، والزِّبْرِقَانَ بْنَ بدر[٣].

---

(١) رواه مسلم من حديث رافع بن خديج وغيره: أن النبي ﷺ أعطى المؤلفة قلوبهم يوم حنين مائة من الإبل ـ الحديث ـ قلت: إلا أنه ليس فيه أن ذلك كان من خمس الخمس، وليس فيه ما يدل على المنع من أنهم يعطون من الزكاة. قاله الحافظ.

(٢) مسلم من حديث رافع بن خديج وزاد: وعلقمة بن علاثة، وأعطى عباس مرداس دون ذلك، فذكر الحديث.

(٣) قال الحافظ هذا عده النووي من أغلاط المهذب، ولا يصرف مرفوعاً، وإنما يعرف عن عمر، ووهم ابن معن فزعم أنه في الصحيحين.

حديث: أنه أعطى الزبرقان بن بدر، وهذا عده النووي من أغلاط الوسيط ولا يعرف، ووهم ابن معن فزعم أنه في الصحيحين، وقد عدا ابن الجوزي في التنقيح ثم الصغاني في جزء مفرد: أسامي المؤلفة مجموعاً من كلام ابن إسحاق ومقاتل ومحمد بن حبيب وابن قتيبة والطبري وغيرهم، فبلغوا بهم نحو الخمسين نفساً، فلم يذكر فيهم الزبرقان ولا عدي بن حاتم، وفي الصحيحين ما يدل على أنه أسلم طوعاً وثبت على إسلامه في الردة، والله أعلم وحديث: أنه أعطى الأربعة الأولين لضعف نيتهم في الإسلام، وهم عيينة والأقرع وأبو سفيان وصفوان، وأعطى عدياً والزبرقان رجاء رغبة نظرائهما في الإسلام، أما الأول: فصحيح في حقهم إلا صفوان بن أمية فإنه إنما أعطاه قبل أن يسلم، وقد صرح بذلك المصنف في السير، ونص عليه الشافعي في الأم، ونقله عنه البيهقي في المعرفة، فقال: أعطى صفوان قبل أن يسلم وكان كأنه لا يشك في إسلامه، وقال الغزالي في الوسيط: أعطى صفوان بن أمية في حال كفره ارتقاباً لإسلامه، وتعقبه النووي بقوله: هذا غلط صريح بالاتفاق من أئمة النقل والفقه، إنما أعطاه بعد=

والثاني: المنع لما ذكرنا من استغناء الإسلام عن التألُّف، ولم ينقل عن عمر، ولا عن عثمان، ولا عن علي ـ رضي الله عنهم ـ الإعطاءُ بذلك، فعلى الأوَّل من أين يُعْطَوْنَ، فيه قولان:

أحدهما: من سهم المصالح؛ لأنه من مصالح المسلمين.

وثانيهما: من الزكاة؛ وعليه يحمل قوله تعالَىٰ: ﴿**وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ**﴾ [التوبة ـ ٦٠] ورُوِيَ أنَّ أبا بكر ـ رضي الله عنه ـ أعطى عدياً، كما أعطاه النبيُّ ﷺ(١).

قال الأئمة: والغالب على القلب أنه كان من الزكاة.

وصنف يبغي بتألفهم أن يجاهدوا من يليهم مِنَ الكفارِ، ومِنْ مانِعِي الزكاة، ويأخذوا زكاتهم، فهؤلاء يُعْطَوْنَ لا محالة؛ كيلا يحتاج الإمام إلى بعث جيش إليهم، إذا ثقلت المُؤْنة، وبَعُدَتِ الشُّقَّة، ومن أين يعطون؟ فيه أربعة أقوال:

وقال صاحب الكتاب وجماعةٌ: أربعة أوجه:

أحدها: من خمس الخمس سهم المصالح؛ لأنه من سهم مصالح الإسلام.

والثاني: من سهم المؤلَّفة؛ لأن المقصود تألُّفهم واستمالتهم.

والثالث: من سهم سبيل الله من الزكاة؛ لأنه تألُّف على الجهاد.

= إسلامه انتهى، وتعقبه ابن الرفعة فقال: هذا عجيب من النووي كيف قال ذلك، وفي صحيح مسلم والترمذي عن سعيد بن المسيب عن صفوان بن أمية هذه القصة قال: أعطاني النبي ﷺ وإنه لأبغض الناس إلي فما برح يعطيني حتى أنه لأحب الناس إلى، قال ابن الرفعة، وفي هذا احتمالان، أحدهما أن يكون أعطاه قبل أن يسلم وهو الأقوى، والثاني أن يكون بعد إسلامه، وقد جزم ابن الأثير في الصحابة أن الإعطاء كان قبل الإسلام، وكذلك قاله النووي في التهذيب في ترجمة صفوان، وقال في شرح المهذب: أعطى النبي ﷺ صفوان بن أمية من غنائم حنين، وصفوان يومئذ كافر، والله أعلم، ويكفي في الرد على النووي في هذا نص الشافعي الذي نقله البيهقي والله الموفق، وأما إعطاء عدي والزبرقان فتقدم الكلام عليهما.

(فائدة) دعوى الرافعي أنه ﷺ أعطى صفوان ذلك من الزكاة، وهم والصواب أنه من الغنائم، وبذلك جزم البيهقي وابن سيد الناس وابن كثير وغيرهم.

(١) الشافعي والبيهقي من طريقه، قال: الذي أحفظ فيه من متقدمي الأخبار: أن عدي بن حاتم جاء إلى أبي بكر بثلاثمائة من صدقات قومه، فأعطاه منها ثلاثين، لكن ليس في الخبر إعطاءه إياها من أين، غير أن الذي يكاد أن يعرف بالاستدلال أنه أعطاه إياها من سهم المؤلفة ليزيده رغبة فيما صنع، وليتألف من قومه من لا يثق منه بما وثق به من عدي، انتهى. وذكر أبو الربيع بن سالم في السيرة له أن عدياً لما أسلم وأراد الرجوع إلى بلاده، اعتذر إليه رسول الله ﷺ من الزاد، وقال: ولكن ترجع فيكون خير، فذلك أعطاه الصديق ثلاثين من إبل الصدقة.

والرابع: قال الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ: يُعْطَوْنَ من سهم المؤلفة وسهْمِ سبيل الله، والأصحابُ فرقتانِ في معناه:

فرقةٌ قالت: أراد به الجمع بين السهمين، وذهب إلى أن الواحد يجوز له أنْ يجمع بين سهمين. وفرقة منعت من الجمع، واختلف هؤلاء، فقيل: المراد؛ أنه إن كان التألُّف لقتال الكفار، يُعْطَوْن من سهم سبيل الله، وإنْ كان التألف لقتال مانعي الزكاة، يعطون من سهم المؤلفة؛ وعلى هذا، فليس في المسألة إلاَّ الأقوال الثلاثة السابقة.

وقال آخرون: يتخير الإمام، إنْ شاء أعطاهم من هذا السهم، وإنْ شاء أعطاهم من هذا السهم، وربما قيل: إن شاء جمع له بين السهمَيْنِ، وهذا ما أورده صاحب الكتاب، وفي المسألة وجه آخر، وهو: أنَّ المتألِّف لقتال مانعي الزكاة وجمعها يُعْطَىٰ من سهم العاملين، وعن أبي حنيفةَ ومالك: أنه لا شيء للمؤلَّفة اليومَ وأنَّ حكمهم قد نسخ.

فإن بحثت عن الأظهر في إعطاء الصنفينِ الأولين من مؤلفة المسلمين، وعن الأظهر من الخلاف في أنَّهما من أين يعطيان إنْ أُعْطِيَا، وعن الأظهر من الخلاف في أنَّ الصنفين الآخرين منهم من أين يعطَيَان.

فالجواب: أنَّ الأكثرين أرسلوا ذكر الخلاف في هذه الصور، وسكتوا عن الترجيح، ورأيت الشيخ أبا حامد في شرذمة قالوا: «الأصحُّ مِنَ القولين في الصنفين الأولين؛ أنهما لا يعطيان شيئاً، لكن قياس من صار إليه ألا يعطي الصنفين الآخرين من الزكاة؛ لأنَّ الأولين أحق باسم المؤلفة وسهمها من الآخرين لأن في الآخرين معنى الغزاة والعاملين، ولذلك اختلف الأقوال في أنهم من أين يعطون؟ وحينئذٍ يسقط سهم المؤلفة بالكلية، وقد أطلق القولَ به من تأخري الأصحاب القاضي الرويانيُّ وجماعة، إلاَّ أنَّ الموافق لظاهر الآية، ثم لسياق الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ والأصحاب ـ رحمهم الله ـ إثباتُ سهْم المؤلَّفة، وأنه يستحقه الصنفان الأولان، وأنه يجوز صرفه إلى الآخرين أيضاً، وبه أجابَ أقضى القضاة الماورديُّ في الأحكام السلطانية[1]، وقوله في الكتاب: «وَكَذَا مَنْ لَهُ نُظَرَاءُ فِي الكُفْرِ» مطلقٌ يشمل الأشراف وغيرهم، ولكلٍّ نظرٌ، وسائر الأصحاب نقلوا القولين في الأشراف الذين لهم نظراء من الكفر، وقيدوا، فيجوز أنْ يقال: أراد ما أرادوه، ويجوز أن يُقَالَ: لا فرق إلا أنَّ الأشراف هم الذين يبحث عن حالهم، ويتحدث بأخبارهم، فلذلك صوروا الكلام فيهم وغيرهم في معناه، إذا فرض بلوغ خبرهم إلى أمثالهم وتوقُّع إسلامهم.

---

(١) قال النووي في شرح المهذب ٦/ ١٨٣: وهذا الذي صححه هو الصحيح وهو الصرف إلى الأصناف الأربعة من سهم المؤلفة.

وقوله: «والرابع إن رأَي الإمَامُ» يجوز إعلامه بالواو؛ لقول مَنْ منع من الجمع، وأول النص قد بيناه.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الخَامِسُ: الرِّقَابُ فَيُصْرَفُ ثَمَنُ الصَّدَقَاتِ إِلَى الْمُكَاتِبِينَ (م) العَاجِزِينَ عَنِ النُّجُومِ، وَطَرِيقَةُ الصَّرْفِ إِلَىٰ السَّيِّدِ بِإِذْنِ الْمُكَاتَبِ، وَالصَّرْفُ إِلَىٰ الْمُكَاتَبِ بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ جَائِزٌ أَيْضاً، وَيَجُوزُ إِعْطَاؤُهُ قَبْلَ حُلُولِ النَّجْمِ عَلَىٰ أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ، فَإِنْ أَعْطَيْنَاهُ فَاسْتَغْنَىٰ عَنْهُ بِتَبَرُّعِ السَّيِّدِ بِإِعْتَاقِهِ أَوْ بِتَبَرُّعِ غَيْرِهِ اسْتُرِدَّ عَلَىٰ الصَّحِيحِ (و)، إلاَّ إِذَا تَلِفَ قَبْلَ العِتْقِ فَلاَ يُغَرَّمُ (و)، وَإِنْ صُرِفَ إِلَىٰ سَيِّدِهِ فَرَدَّهُ إِلَىٰ الرِّقِّ لِعَجْزِهِ بِبَقِيَّةِ النُّجُومِ يُسْتَرَدُّ (و).

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الصنف الخامس: الرِّقَاب، والمرادُ المكاتَبُون[1]، فيدفع إليهم ما يعينهم على العتق. وقال مالك: المرادُ أنه يشتري عبيداً، فيعتقون.

وعن أحمد: مثله، وعنه تجويز الطريقتين معاً.

واحتج أصحابنا بأن قولَهُ تعالَىٰ: ﴿وَفِى الرِّقَابِ﴾ [التوبة ـ ٦٠] كقوله: ﴿وَفِى سَبِيلِ اللَّهِ﴾ [التوبة ـ ٦٠] وهناك يدفع المال إلى المجاهدين، فليدفع ها هنا إلى الرقاب، ويشترط ألا يكون في يد المكاتَبِ ما يفي بنجومه، فإنْ كان، لم يُعْط؛ لأنه لا حاجة إليه، وليس له أنْ يَصْرِف زكاته إلى مكاتَبِ نفسه؛ لعود الفائدة إليه، وفي «شرح مُخْتَصرِ الجُوَيْنِيِّ» أن ابن خيران جوَّزه، ولا بد وأن تكون الكتابة صحيحة، فأما الفاسدة فلا استحقاق بها.

وقوله: «فَيَصْرَفُ ثَمَنُ الصَّدَقَاتِ» مبني على ما إذا وجد جميع الأصناف، وإلاَّ فقد يختلف القدر، ثم ذكر مسائل هي من شرط الباب الثاني؛ لأنها تتعلَّق بكيفية الاستحقاق:

إحداها: الأحوَط الصرف إلى السيد؛ بإذن المكاتَبِ، ولا يجوز بغير إذن المكاتَبِ لأن الاستحقاق له، ولكن يسقط عن الكاتَبِ بقدر المصروف من النجوم؛ لأنَّ من أدى دَيْنَ غيره بغير إذنه، برئت ذمته ويجوز الصرْف إلى المكاتَبِ بغير إذن السيد.

الثانية: في جواز الصرف قبل حلول النجم[2] وجهان:

---

(١) كتابة صحيحة كما صرح المصنف رحمه الله بهذا لأن الكتابة الفاسدة غير لازمة من جهة السيد فإن له التصرف في البيع وغيره.

(٢) وقوله: «قبل حلول النجم» يخالف نظيره من الغارم، فإنه يشترط فيه حلول دينه ليكون محتاجاً إلى وفائه، ويفرق بينهم بالاعتناء بالحرص على تعجيل العتق، وربما يُعجز السيد مكاتبه عند=

وجه المنع: أنه لا مطالبة له في الحال. **والأظهر**: الجواز؛ لأن التعجيل متيسر في الحال، وربما يتعذر عليه الأداء عند المحل.

الثالثة: إذا استغنى المكاتَبُ عما أعطيناه، وعَتَقَ بتبرُّع السيد بإعتاقه أو بإبرائه عن النجوم، أو بأنْ يتبرع غيره بأداء النجوم عنه، أو بأن أدى النجوم من مال آخر، ومالُ الزكاة باقٍ في يده، ففي استرداده وجهان، ويقال: قولان:

أحدهما: لا يسترد؛ كما لو استغنى الفقيرُ بالمدفوع إليه.

والثاني: يسترد؛ لأن المقصود حصولُ العتق بالمال المدفوع إليه، ولم يحصل، وهذا أظهر، ومنهم من قطع به، لكن ادعى في «التتمة» أنَّ الظاهرَ الأول، ويجري الخلاف في الغارم، إذا استغنى عما أخذ بإبراء ونحوه، وإن كان قد تلف المال في يده، نُظِرَ إنْ تلف قبل أنْ يعتق، فالمذكور في الكتاب، وفي «التهذيب»: «أنه لا يُغَرَّم».

قال في «الوسيط»: «وكذا لو أَتْلَفَهُ» وفي «أمالي أبِي الفَرَج السرخسيِّ» وجه آخر: «أنه يغرَّم»، وإنْ تلف بعد العتق، فإنه يغرَّم، وإن عجز المكاتَب، نُظِرَ إنْ كان المال باقياً في يده، فيسترد؛ لأنَّ العتق لم يحصلْ، ولم يصرف المأخوذ إلى الجهة المأمور بها، وإن كان تألفاً، ففي الغرم وجهان:

أصحهما: الوجوب، وعلى هذا ففي «الأمالي» أن الضمان يتعلَّق بذمته لا برقبته؛ لأن المال حصل عنده برضا صاحبه، وذكر بعضهم أنه يتعلق[1] برقبته، وإن كان قد دفعه إلى السيد وعجز ببقية النجوم، ففي الاسترداد من السيد مثل الخلاف الذي سبق في الاسترداد من المكاتب، وفي الغرم إن كان تالِفاً عنده الخلافُ السابقُ أيضاً، ولو نقل السيد الملك في المأخوذ إلَىٰ غيره، لم يسترد منه، لكن يغرمه السيد على قولنا[2] بتغريمه.

وقوله: في الكتاب: «استردَّ على الصحيح» يجوز أن يريد من الوجهين أو القولَيْن، ويجوز أن يريد من الطريقتين؛ لما ذكرنا أنه قطع بالوجه الثاني قاطعونَ، والطريقتان مذكورتانِ في «الوسيط».

وقوله: فلا يغرَّم» مُعْلَم بالواو.

وقوله: «يسترد» في المسألة الأخيرة كذلك؛ لأن الخلاَفَ مطَّرد، وصاحب الكتاب لم يتعرَّض للخلاف فيه، مع تعرضه فيما إذا استغنَىٰ عنه بتبرُّع السيد ونحوه كأنه

= الحلول وقال شيخ الإسلام في أسنى المطالب: ورأيت الزركشي فرق بأن الحاجة إلى الخلاص من الرق أهم، والغارم ينتظر اليسار، فإن لم يوسر فلا حبس ولا ملازمة.

(١) قال النووي: أصحهما بذمته والله أعلم.

(٢) قال النووي: وإذا لم يعجز نفسه واستمر في الكتابة، فتلف ما أخذ، وقع الموقع.

رأى الاسترداد فيها أظهر، وذكر في «التهذيب» الخلافَ فيه، ولم يذكره في صورة بقاء المال في يد المكاتب، كأنه رأى الاسترداد في تلك الصورة أظهر، ولكلٍّ وجه؛

فوجه ما يقتضيه الكتاب: أنه إذا لم يحصل العتقُ، لم يستحق العبد ولا السيد المأخوذَ؛ إذ لا تحل لهما الزكاة.

ووجه ما يقتضيه «التَّهْذِيب»: أنَّ المكاتِبَ صرف الزكاةَ ها هنا إلى من أمر بصرفه إليه، وفي تلك الصورة بخلافه.

فرع:

للمكاتب أنْ يتجر بما أخذه طلباً للزيادة، وإيفاء تمام النجوم، كذا حكاه صاحب «الإِفْصَاح» وآخرون، والغارم كالمكاتب.

آخَرُ: نقل بعض أصحاب الإمام أنَّ المكاتب يتخير، إن شاء، استنفق ما أخذه، وأدى النجوم من كسبه، ويجب أن يكون الغارم كالمكاتب[١].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: السَّادِسُ: الغَارِمُ وَالدُّيُونُ ثَلاَثَةٌ: دَيْنٌ لَزِمَهُ بِسَبَبِ نَفْسِهِ فَيَقْضَىٰ مِنَ الصَّدَقَاتِ بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ مُعْسِراً (و) وسَبَبُ الاَسْتِقْرَاضِ مُبَاحاً، فَإِنْ كَانَ مَعْصِيَةً وَهُوَ مُصِرٌ لاَ يُعْطَىٰ، وَإِنْ كَانَ تَائِبَاً أُعْطِيَ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ (الثَّانِي): مَا لَزِمَ بِسَبَبِ حَمَّالَةٍ تَبَرُّعِ بِهَا تَطفِئَتُهُ لَنَائِرَةِ فِتْنَةٍ فَيُقْضَىٰ دَيْنُهُ وَإِنْ كَانَ مُوسِراً (ح) إِلاَّ إِذَا كَانَ غَنِيّاً بِالنَّقْدِ فَفِيهِ وَجْهَانِ (الثَّالِثُ) دَيْنُ الضَّامِنِ فَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ أَعْنِي الأَصِيلَ وَالكَفِيلَ قُضِيَ، وَإِنْ كَانَا مُوسِرَيْنِ أَوْ كَانَ المِضْمُونُ مُوسِراً فَلاَ يُقْضَىٰ لِأَنَّ فَائِدَتَهُ تَرْجِعُ إِلَىٰ الأَصِيلِ، وَإِنْ كَانَ الأَصِيلُ مُعْسِراً وَالكَفِيلُ مُوسِراً فَوَجْهَانِ: (أَحَدُهُمَا): نَعَمْ كَالحَمَّالَةِ (وَالثَّانِي): لاَ إِذْ صَرْفُهُ إِلَىٰ الأَصِيلِ مُمْكِنٌ، وَبِهِ يَحْصُلُ بَرَاءَةُ الضَّامِنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الصنف السادس: الغارِمُونَ، والديون ثلاثة؛ لأنه: إما أنْ يستدين لمصلحة نفسه، أو لمصلحة غيره، ومصلحة الغير: إما كُلِّية؛ كما إذا استدان تَطْفِئَةَ نائرة فتنة، أو جُزْئِيَّة؛ كما إذا اسْتَدان دَيْناً عن غيره.

الأول: دَيْن لزمه لمصلحة نفسه، فيعطى من الزكاة ما يقضي به؛ بشروط:

أحدها: أنْ يكون به حاجة إلى قضاء ذلك الدين، فإن وجد ما يقضيه به؛ من نقد

---

(١) قال النووي: قد قطع صاحب «الشامل» بأن المكاتب يمنع من إنفاق ما أخذ. ونقله صاحب «البيان» عنه. ولم يذكره غيره، وهذا أقيس من قول الإمام. والله أعلم.

أو عرض، فقولان: القديم؛ أنه يقضي؛ لعموم الآية، وأيضاً، فقد روي أنه ﷺ قال: «لا تَحِلُّ الصَّدَقَةِ إلاَّ لِخَمْسَةٍ»[١] وذكر منهم الغارم، وأيضاً: فالغارم لإصلاحِ ذات البين يعطَىٰ مع الغني، فكذلك ها هنا، والأصح المنع؛ لأنه يأخذ لحاجته إلينا، فاعتبر فقره كالمكاتب وابن السبيل، ويخالف الغارم لإصلاح ذات البين، فإنه يأخذ لحاجتنا إليه؛ لتطفئة الفتنة؛ وعلى هذا فلو وجد ما يقضي به بعضَ الدين، لم يعط إلاَّ ما يقضي به الباقي، ولو لم يملك شيئاً إلا أنه كسوب يقدر على قضاء دينه من كسبه، فوجهان:

أحدهما: لا يُعْطَىٰ؛ تنزيلاً للقدرة على المكسب منزلةَ مِلْكِ المال؛ كما في سَهْم الفقراء والمساكين.

وأشبههما: أنه يعطَىٰ؛ بخلاف الفقير والمسكين؛ لأن حاجتهما تتحقَّق يوماً فيوماً، والكسوب يحصل في كل يوم ما يكفيه، وها هنا الحاجة حاصلة في الحال؛ لثبوت الدَّيْن في ذمته وإنما يقدر على اكتساب ما يقضي به الدَّين بالتدريج، ويجري الوجهان في المكاتب، إذا لم يملك شيئاً، لكنه كسوب، ومن المهمِّ البحثُ عن معنى حاجته إلى قضاء ذلك الدَّين، وعبارة أكثرهم تقتضي كونه فقيراً لا يملك شيئاً، وربما صرحوا به، وفي بعض شروح «المفتاحِ»: أنه لا يعتبر المسكن والملبس والفراش والآنية، وكذا الخادم والمركب، إذا اقتضاهما حاله، بل يقضي دينه، وإن ملكها، ويقرب منه قولُ بعْض المتأخِّرين؛ أنا لا نعتبر الفقر والمسكنة ها هنا، بل لو ملك قدر كفايته، ولو قضى دينه، لنقص ماله عما يكفيه فيقضي من دينه قدر ما ينقص عن الكفاية، والمقصودُ أنه يترك معه ما يكفيه ولا يدخل في الإِعْسَار، وهذا أقرب، والله أعلم.

والثاني: أن يكون دَيْنه في طاعة، كسفر حجٍّ أو جهادٍ، أو في مباح؛ كما يستقرضه للإنفاق على نفسه وعياله، وكخسرانٍ يلحقه في معاملة؛ أما إذا استقرض في معصية؛ كثمن خمر، والإسرافِ في الإنفاق، فلا يعطَىٰ من سهم الغارمين على المشهور[٢]. وفيه وجه غريبٌ رواه الحَنَّاطيُّ، وهذا إذا كان مصرّاً على المعصية، فإن تاب، فوجهان معروفان:

أصحهما: عند ابن الصباغ وصاحب «التهذيب»، وبه قال ابن أبي هريرة: «أنه لا

---

(١) رواه مالك في الموطإ من مرسل عطاء بن يسار، واختلف فيه على زيد بن أسلم عنه، فقال أكثر أصحابه عنه هكذا، ورواه الثوري فقيل عنه هكذا، وقيل عن عطاء حدثني الثبت، وقيل عن عطاء عن أبي سعيد الخدري، ورواه معمر عن زيد بن أسلم عن عطاء عن أبي سعيد من غير خلاف فيه، أخرجه أبو داود وابن ماجه وأحمد والبزار والحاكم والبيهقي، وصححه جماعة.

(٢) جمع غارم، وهو الذي عليه الدين والغريم يطلق على الدين وعلى صاحب الدين، وأصل الغرم في اللغة اللزوم، ومنه قوله تعالى: ﴿إن عذابها كان غراماً﴾ [الفرقان ـ ٦٥].

يُعْطَىٰ؛ لأنه استدان في معصية، فلا يؤمن أنْ يعود، ويتخذ التوبة ذريعة».

والثاني: يعطى، كما لو خرج في معصية، ثم أراد الرجوع يعطَىٰ من سهم ابن السبيل، وبهذا قال أبو إسحاق، وهو الأصح عند أبي خلف السلميّ، والقاضي الروياني، وهو الجواب في «الإفصاح»(١) ولم يتعرَّضوا ها هنا للاستبراء ومضي مدةٍ [بعد تَوْبَةٍ](٢) يظهر فيها صلاح الحال، إلاَّ أنَّ الرُّويانيَّ لما ذكر أنه أصح الوجهين، قال: هذا إذا غلب على الظنِّ صدْقُه في توبته، فيمكن أنْ يحمل عليه.

والثالث: وهو غير مذكور في الكتاب: أن يكون الدَّيْن(٣) حالاً، فإن كان مؤجَّلاً، فعلى وجهين؛ لأنه واجب في الحال، لكن لا مطالبة، وهما كالوجهين في النجوم، إذا لم تَحُلْ بعد، وقد ترتب الخلاف في الغارم على الخلاف في المكاتَبِ، ثم تارةً يجعل الغارم أولَىٰ بأنْ يعطَىٰ؛ لأن ما عليه مستقرٌّ، وما على المكاتب متزلزلٌ، وتارةً يجعل المكاتب أولَىٰ بأن يعطى، لأن له التعجيلَ لَغَرَضِ الحرية، وفصَّل بعضهم، فقال: «إن كان الأجلُ يحل في تلك السنة، فيعطى وإلاَّ فلا يعطَىٰ من صدقات تلك السنة»(٤).

الدَّيْن الثاني: ما استدانه لإصلاح ذات البين(٥)، وذلك بأن يخاف شرّاً وفتنةً بين شخصَيْن أو قبيلتين، فيستدين طلباً للإصلاح، وإسكان الثائرة؛ فينظر إن كان ذلك في دم تَشَاجَرَ فيه قبيلتان، ولم يظهر القاتلُ، فتحمل طالبُ الصلاح الدية، فيقضي دينه من سهم الغارمين، إن كان فقيراً، وكذا لو كان غنيّاً بالعقار؛ لأن بيع العقار يَعْسُر، وقد يهتك المروءة، فلو أحوجنا إليه، لامتنع الناس من هذه المكرمة، ولو كان غنيّاً بأحد النَّقْدَيْن، فكذلك الجواب على أصحِّ الوجهين؛ لعموم ما رُوِيَ أنه ﷺ قال: «لاَ تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِيٍّ إلاَّ لِخَمْسَةٍ؛ لِغَازٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَوْ لِعَامِلٍ عَلَيْهَا، أَوْ لِغَارِمٍ، أَوْ لِرَجُلٍ اشْتَرَاهَا بِمَالِهِ، أَوْ لِرَجُلٍ كَانَ لَهُ جَارٌ مِسْكِينٌ فَتَصَدَّقَ عَلَيْهِ، فَأَهدى الْمِسْكِينُ لِلْغَنِيِّ»(٦).

---

(١) قال النووي: جزم الإمام الرافعي في «المحرر» بالوجه الأول. والله أعلم الأصح: الثاني. وممن صححه غير المذكورين، المحاملي في «المقنع» وصاحب «التنبيه»، وقطع به الجرجاني في «التحرير» والله أعلم.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في ز: الذين.

(٤) قال النووي: الأصح: لا يعطى، وبه قطع في «البيان». والله أعلم.
قال الشيخ البلقيني: ما صححه من أنه لا يعطي من عليه دين مؤجل مخالف لما صححه في المكاتب من جواز الصرف إليه قبل حلول النجم ولعلك أن تقول الفرق بينهما أن المكاتب يعجل للعتق فيقال والغارم يعجل للإبراء والدين عليه مستقر إلى آخر ما ذكره.

(٥) قال الأزهري: معناه لإصلاح حالة الوصل بعد المباينة، قال: والبين يكون فرقة ويكون وصلاً، وهو هنا وصل. ومنه قوله تعالى: ﴿لقد تقطع بينكم﴾ [الأنعام: ٩٤] أي وصلكم.

(٦) تقدم.

والثاني: المنع؛ لأن النقدين معدان للإخراج، وليس في صرفهما إلَىٰ قضاء الدين ما يحتشم منه ويهتك المروءة.

ولو كان غنياً بالعروض، فالمشهور أنه كالغني بالعقار، ولفظ الكتاب يوافقه، وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسيِّ: «إلحاقه بالغنيِّ بالنقد وطرد الوجهَيْن فيه» ولو كان الشرُّ متوقَّعاً في مال، فتحمل قيمة المتلف، ففي قضاء دينه مع الغنَىٰ وجهان:

أصحهما: القضاء؛ لما فيه من المصلحة الكليَّة.

والثاني: المنع، لأن فتنة الدم أشدُّ، وبنى صاحب «التتمة» الوجهَيْن علَىٰ أنَّ من قصد مال إنسان، هل يباح له الدفعُ بالقتل؟ إنْ قُلْنا: نعم، جعلْنا المال كالدَّمِ.

الدين الثالث: ما التزمه بالضَّمان من غيره، فله أحوال:

إحداها: إذا كان الضامن والمضمون عنه معسَرِيْن، فيعطى الضامن ما يقضي به الدَّين.

قال المتولي: «ويجوز صرفه إلى المضمون عنه»، وهو أولَىٰ؛ لأن الضامن فرعه، وأيضاً فإنَّ الضامن إذا أخذ وقضى الدَّين بالمأخوذ، ثم رجع إلى المضمون عنه، احتاج الإمام إلى أنْ يُعْطِيَه ثانياً، وهذا ممنوعٌ، بل إذا أعطيناه، فلا يرجع وإنما يرجع الضامن إذا غرم من عنده.

والثانية: إذا كان موسرَيْنِ، فلا يعطى؛ لأنه إذا غرم، رجع على الأصيل، فلا حاجة إلى أنْ نعطيه من عندنا، وإن ضمن بغير إذنه، فوجهان[1]؛ على ما سنذكر في الحالة الرابعة.

والثالثة: إذا كان المضمون عنه موسراً، والضامن معسراً، فإن ضمن بإذنه لم يعطَ؛ فإنه إذا غرم، رجع على المضمون عنه، وإن ضمن بغير إذنه أُعْطِيَ.

والرابعة: إذا كان المضمون عنه معسراً، والضامن موسراً، فيجوز أن يعطى المضمون عنه، وفي الضامن وجهان.

قال في «التهذيب»: لأنه دَيْنٌ لزم بسبب الغير، فهل يقضي به مع اليسار؟ فيه وجهان، وألحقهما صاحب «التتمة» بالوجهين في أنَّ من تحمل بدل مُتْلَف من الأموال، هل يعطى من الزكاة؟ فأطلق «صاحب التهذيب»[2] وقيد صاحب التتمة، فإن أراد «صاحب التهذيب» بالمطْلَق المقيَّد، فهما شيء واحد، وإلاَّ ففي كل منهما كلام.

---

(١) بناء على الرجوع على المضمون عنه إن قلنا لا يرجع عليه وهو الأصح أعطى وإلا فلا.

(٢) في ز: التقريب.

أما الأول: فلأن دين من تحمل لإصلاح ذات البين مقضيٌّ مع اليسار لا محالة؛ إنما الخلاف في أنه هل يقضي مع اليسار بكل نوع من المال؟ وها هنا لا تفصيل.

وأما الثاني: فلأن ذلك الخلاف فيمن تحمل لإصلاح ذاتِ البين، وفيه مصلحة عامَّة، بخلافه، فلا يحسُنُ الإلْحَاق.

ووُجِّه أحد الوجهين في الكتاب: بالقياس على الحَمَّالة؛ لأنه محتمل لمصلحة الغير.

والثاني: بأن الصرف إلى الأصل ممكنٌ، وإذا برىء الأصل، برىء الكفيل؛ فلا حاجة إلى الصرف إلى الضامن، وقد ظهر الفرق بينه وبين الحَمَّالة، وهذا أشبه، وبه أجاب الحَنَّاطِيُّ وغيره وقوله في الكتاب: «دَيْنٌ لزمه بسبب نفسه فيُقْضىٰ»، وقوله: «فيقضَىٰ دَيْنُهُ» في هذه اللفظة المتكررة تنبيه على أن الغارم، إنما يعطَىٰ عند بقاء الدَّيْن، فأما إذا أداه من ماله، فلا يقضى؛ لأنه لم يبق غارماً، وبهذا يعرف أنه في الابتداء لو بذل ماله فيه، لم يعط بخلاف ما لو اسْتَدَان، وربما أوهم نظم «التهذيب» خلافه؛ لأنه قال: إذا كان دَيْنُه لإصلاحِ ذاتِ البين؛ بأن كانت بين فِتْنَتَيْن ثائرةٌ؛ فاستدان مالاً في تسكينها، أو تحمَّل مالاً لتَسكينها، ثم ساق الكلام، والمعتمد الأول.

وقوله: «بسبب حَمَّالة الحَمَّالة» بالفتح: ما يتحمَّل عن القوم من دية أو غرامة.

وقوله: «وإن كان موسراً» مُعْلَمٌ بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة لا تصرف الصدقة إلَىٰ غنيٍّ أصلاً.

فرع: ألحق أبو الفرج السرخسيُّ ما استدان لعمارة المسجد وقِرَي الضيف حكْمَ ما استدان للنفقة وسائر مصالح نفسه، وحكى الرويانيُّ في «الحِلْيَة» عن بعض الأصحاب: أنه يعطَىٰ من الصدقات مع الغَنَىٰ بالعقار، ولا يعطَىٰ له مَعَ الغنَىٰ بالنقد، قال: «وهذا هو الاخْتِيَار».

واعلم: أنَّ القول، بأنه يُقْضَىٰ مع الغنَىٰ بالعقار، ولا يقضَىٰ مع الغنى بالنقد، يوجب انتهاض هذا الدَّيْن مرتبةً متوسطةً بين ما استدانه لنفسه، وبين ما استدانه لإصْلاح ذات البين؛ لمَا سبق أن الظاهر في النوع الأوَّل؛ أنه لا يقضي مع الغناء بالعقَارِ، وفي الثاني؛ أنه يقضي مع الغناء بالنقد.

آخَرُ: يجوز صرف سهم الغارمين إلى المديون بغير إذن ربِّ الدين، ولا يجوز صرفه إلى رب الدين بغير إذن المديون، لكن يسقط من الدين قدْرُ المصروف على ما مَرَّ في سهم الرقاب، ويجوز صرفه إليه بإذن المديون، وهو أولَىٰ إلا إذا لم يكن وافياً بالدَّيْن، وأراد المديون أنْ يتَّجِرَ فيه.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: السَّابِعُ: سَهْمُ سَبِيلِ اللَّهِ وَالْمُرَادُ بِهِ الْمُتَطَوِّعَةُ مِنَ الْغُزَاةِ الَّذِينَ لاَ يَأْخُذُونَ مِنَ الفَيْءِ، فَأَمَّا مَنْ يَأْخُذُ مِنَ الفَيْءِ وَاسْمُهُ فِي الدِّيوَانِ فَلاَ يُصْرَفُ إِلَيْهِ الصَّدَقَةُ، وَالغَازِي يُعْطَىٰ وَإِنْ كَانَ غَنِياً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الصِّنف السابع: الغُزَاةُ، وهمْ ضربان: ضربٌ يغزون، إذا نشطوا، وهم مشتغلون بالحِرَفِ والصناعات، وسمَّاهم الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ الأعرابَ؛ لأن أكثر هذا الصنف علَىٰ عهد رسول الله ﷺ كانوا من الأَعْراب وضرب رتَّبوا أنفسهم للجهاد، وتجرَّدوا له، ويسمَّوْن المرابطين، وهم المرتزقة الذين يأخذون من الفيء، والمراد من «سَبِيلِ اللَّهِ» في آية الصدقة الضَّرْبُ الأول؛ وهم المتطوِّعة الذين لا يأخذون من الفيء[1]، ولا يصرف شيء من الصدقات إِلى المرتزقة؛ كما لا يصرف شيء من الفيء إلى المتطوِّعة، وعلى ذلك جرى الأمر في عهد رسول الله ﷺ، فإنْ لم يكن مع الإمام شيء للمرتزقة[2]، واحتاج المسلمون إلى من يكفيهم شرَّ الكفار، فهل يعطى

---

(١) وبه قال أبو حنيفة ومالك ـ رحمهما الله تعالى ـ وقال أحمد في أصح الروايتين عنه: يجوز صرفه إلى مريد الحج. وروي مثله عن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ، واستدل له بحديث أم معقل ـ الصحابية رضي الله عنها ـ قالت: لما حج رسول الله ﷺ حجة الوداع وكان لنا جمل فجعله أبو معقل في سبيل الله، وأصابنا مرض فهلك أبو معقل وخرج النبي ﷺ، فلما فرغ من حجه جاءته فقال: يا أم معقل ما منعك أن تخرجي معنا. قالت: فقلت: لقد تهيأنا فهلك أبو معقل وكان لنا جمل، هو الذي نحج عليه فأوصى به أبو معقل في سبيل الله. قال: «فهلا خرجت عليه فإن الحج في سبيل الله».
أخرجه أبو داود في السنن، وفيه محمد بن إسحاق مدلس قال: فيه: عن، وإذا قال المدلس: عن. لا يحتج به اتفاقاً، واحتج أيضاً بحديث ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ قال: أراد رسول الله ﷺ الحج فقالت امرأة لزوجها: احججني مع رسول الله ﷺ. فقال: ما عندي ما أحججك عليه.
فقالت: أحججني على جملك فلان. قال: ذلك حبيس في سبيل الله عزَّ وجلّ، فأتى رسول الله ﷺ فقال: إن امرأتي تقرأ عليك السلام ورحمة الله، وإنها سألتني الحج معك. قالت: احججني مع رسول الله ﷺ فقلت: ما عندي ما أحججك عليه. فقالت: أحججني على جملك فلان. فقلت ذلك حبيس في سبيل الله. فقال: أما إنك لو أحججتها عليه كان في سبيل الله. رواه أبو داود بإسناد صحيح.
واحتج الأصحاب بأن المفهوم في الاستعمال المتبادر إلى الافهام أن سبيل الله تعالى هو الغزو وأكثر ما جاء في القرآن الكريم كذلك. وأجابوا عما أوردناه من الأحاديث بأن الحديث الأول ضعيف لعنعنة محمد بن إسحاق.
والثاني: من الأحاديث أن الحج يسمى سبيل الله، ولكن الآية محمولة على الغزو.

(٢) أما الأول: فأخذه بالاستقراء ولم أره صريحاً.

المرتزقة من الزكاة؟ فيه قولان: **أحدهما**: نعم؛ من سهم سبيل الله؛ لأنَّهم غزاة.

وأصحهما: لا؛ كما لا يصرف الفيء إلى مصارف الصدقات، فعلى هذا يجبُ على أغنياء المسلمين إعانتهُمْ، ويعطى الغازِي، غنيّاً كان أو فقيراً، خلافاً لأبي حنيفة في الغَنِيِّ.

وقوله في الكتاب: «سهم سبيلِ اللّه» فيه توسُّع؛ فإن الكلام من أول الباب مسوقٌ لبيان الأصناف دون السهام، ويجوز إعلام قوله: «والمراد به المتطوعة» بالألف؛ لأن أصح الروايتين عن أحمد: أنه يجوز صرف هذا السهم إلى الحَاجِّ.

وقوله: «فإن كان غنياً» مُعْلَم بالحاء؛ لما سبق، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّامِنُ: ابْنُ السَّبِيلِ وَهُوَ الَّذِي شَخَصَ (ح م) مِنْ بَلَدٍ لِيُسَافِرَ أَوِ اجْتَازَ بِهِ يُصْرَفُ إِلَيْهِ سَهْمٌ إِنْ كَانَ مُعْسِراً بِشَرْطِ لاَ يَكُونَ السَّفَرُ مَعْصِيَةً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الصنف الثامن «ابن السبيل»[1]، فله من الصدقات سهم، ويقع هذا الاسم على شخصَيْن:

أحدهما: الذي شَخَص من وطنه أو من بلد كان مقيماً به منشئاً للسَّفَر؛ وعن أبي حنيفة، ومالك: «أنه ليس بابن سبيل»، والأصحاب قاسوه على المجتاز؛ لأنه مريدٌ للسفر، محتاجٌ إلى أسبابه.

والثاني: الغريبُ المجتازُ بالبلد، وفيه طريقان:

أحدهما: أنه على الخلاف في جواز نَقْلِ الصدقات، فإن جوزنا، جاز الصرف إليه، وإلاَّ فلا؛ كيلا يزدحم الغرباء؛ فيضيِّقوا على البلدين، وبالمنع أجاب المسعوديُّ.

وأصحهما: الجواز بكل حال؛ لأنه ابن سبيل، حاضرٌ في الحال.

وإذا عرفت ذلك، أَعْلَمْتَ قوله: «وهو الذي شخص» بالحاء والميم، وقوله: «أو اجتاز بِهِ» بالواو، ثم إنا نُعْطِي ابنَ السبيل بشرطَيْن:

أحدهما: ألاَّ يكون معه ما يحتاجُ إليه في سفره، ويدخل فيه مَنْ لا مال له أصلاً، ومن له مالٌ في غير البلد الذي ينتقل عنه، ولفظ «المعسر» في الكتاب محمولٌ على المعسر يداً.

والثاني: ألاَّ يكون سفره سفر معصية، فيعطَىٰ في سفر الطاعة مفروضاً كان؛

---

(١) السبيل: في اللغة الطريق، ويؤنث ويذكّر. وسمي المسافر ابن السبيل للزومه للطريق كلزوم الولد والدته.

كالحجِّ والجهاد، أو مندوباً؛ كزيارةِ قبر النبيِّ ﷺ وفي السفر المباحِ؛ [كسفر التجارة]، وطلب الآبِقِ وجهان:

أحدهما: لا يعطَىٰ؛ لأن عنده غنيةً، وعلى هذا، فلا يكفي ألا يكون معصيةً، بل يعتبر أن يكون طاعةً.

وأصحهما: أنه يعطَىٰ؛ كما أنَّ سفر المباح وسفر الطاعة يستويان في الترخُّص، وذكروا في سفر النُّزْهة خلافاً مع الإعطاء في سفر المباح؛ لأنه ضرب من الفُضُول، والظاهر أنه يعطَىٰ أيضاً فإنه نوع من السفر المباحِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **فَهَؤُلاَءِ هُمُ الْمُسْتَحِقُّونَ بِشَرْطِ أَلاَّ يَكُونَ الْمَوْصُوفُ بِصِفَةٍ مِنْ هَذِهِ الصِّفَاتِ كَافِراً، وَلاَ مِنَ الْمُرْتَزِقَةِ ثَابِتَ الاسْمِ فِي الدِّيوَانِ، وَلاَ هَاشِمِيّاً فَالصَّدَقَةُ مُحَرَّمَةٌ عَلَىٰ هَؤُلاَءِ، وَفِي مَوْلَىٰ الْهَاشِمِيِّ وَجْهَانِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الغرض الآن التعرُّض للصفات المشروطة في الأصناف جميعاً، فمنها: ألاَّ يكون المدفوع إليه[1] كافراً، وقد اندرج ذكره في المؤلفة.

ومنها: ألا يكون المدفوع [إليه] الغازي من المرتزقة الذين أُثْبِتَتْ أسماؤُهم في الديوان، وقد ذكره مرة في سهمْ سَبِيل اللَّهِ][2].

ومنها: ألا يكون المدفوع إليه هاشمياً ولا مُطَّلبياً، فالزكاة محرَّمة عليهما، لما رُوِيَ أنه ﷺ قال: «إِنَّمَا هَذِهِ الصَّدَقَاتُ أَوْسَاخُ النَّاسِ، وَإِنَّهَا لاَ تَحِلُّ لِمُحَمَّدٍ وَلاَ لآلِ مُحَمَّدٍ»[3]. وقال أبو حنيفة: «لا تُحرَّم على بني المطَّلِب».

لنا: أنَّ النبيَّ ﷺ قال: «نَحْنُ وَبَنُوا عَبْدِ الْمُطَّلِبِ شَيْءٌ وَاحِدٌ، وَشَبَّكَ بَيْنَ

---

(١) قال قاضي القضاء جلال الدين البلقيني: سئلت عمن أسلم بعد حولان الحول، هل يعطى من زكاة السنة الماضية فأفتيت بالجواز لأن الشرط إسلامه وقت الدفع لا إسلامه في جميع السنة، وهذا وقت الدفع إليه مسلم وإذا كان الرافعي والنووي رجحا في المال الذي يصرف لبيت المال إرثاً أنه يجوز صرفه إلى من أسلم بعد موت الميت مع أنه وارث ويعتبر في الوارث إسلامه قبل الموت فما الظن بهذا. (حكاه عنه البكري في حاشيته).

(٢) سقط في: ز.

(٣) رواه مسلم من حديث عبد المطلب بن ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب في حديث طويل وفيه هذا اللفظ، واللفظ لأبي نعيم في معرفة الصحابة من حديث نوفل بن الحارث: إن لكم في خمس الخمس ما يكفيكم أو يغنيكم، وفي الطبراني من طريق حنش عن عكرمة عن ابن عباس قال: بعث نوفل بن الحارث ابنيه إلى رسول الله ﷺ ـ الحديث ـ فذكر نحوه، وقد استدل به الرافعي للاصطخري في أن خمس الخمس إذا منعه أهل البيت حلت لهم الصدقة. قاله الحافظ.

أَصَابِعِهِ[١]. ولو استعمل هاشميٌّ أو مطلبيٌّ، فهل يحل له سهْمُ العاملين؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه أجرة عمله، وهذا أصحُّ عند أبي الحسن العباديِّ.

وأصحهما: عند صاحب «التهذيب»: لا؛ كما لو كان غارماً أو غازياً، وأيضاً: فقد رُوِيَ أنَّ الفضْلَ بن عباس، وعبد المطلب بن ربيعة ـ رضي الله عنهما ـ سألا رسولَ الله ﷺ أنْ يُؤَمِّرهما عَلَىٰ بَعْض الصَّدَقَةِ، فَقَالَ: «إنَّ الصَّدَقَةَ لاَ تَحِلُّ لِمُحَمَّدٍ وَلاَ لآلِ مُحَمَّدٍ، إنَّمَا هِيَ أَوْسَاخُ النَّاسِ»[٢].

ويجري الخلافُ فيما إذا جعل بعض المرتزقة عاملاً، وفي موالي النبيِّ ﷺ وموالي بني هاشم، وبني المطلب وجّهان، ويقال: قولانِ: وجه الحلِّ؛ أنهم لا يستحقون خمس الخمس، والمطلبيون والهاشميُّون، أخذوا خمس الخمس، فاستغنوا عن الزكاة، والأصح: المَنْعُ؛ لما روي أن النبي ﷺ بعث عاملاً فقال لأبي رافع مولى رسول الله ﷺ اصْحَبْنِي كَيْمَا نُصِيبَ مِنَ الصَّدَقَةِ، فَسَأَلَ أَبُو رَافِعِ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَ: «إِنَّ الصَّدَقَةَ لاَ تَحِلُّ لَنَا، وَإِنَّ مَوْلَىٰ الْقَوْمِ مِنْ أَنْفُسِهِمْ»[٣].

فرع: إذا انقطع خمس الخمس عن بني هاشم وبني المطلب؛ لخلُوِّ بيت المال عن الفيء والغنيمة، أو لاستبداد الظلمة بها:

قال الإصطخريُّ: «يجوز صرف الزكاةِ إليهم؛ لأنَّ الخمس عوضٌ عنها»؛ على ما أشار إليه في الحديث: «أَلَيْسَ في خُمُسِ الخُمُسِ مَا يُغْنِيكُمْ عَنْ أَوْسَاخِ النَّاسِ»[٤]؟ فإذا لم يحصل لهم الغرض، كفيت مؤناتهم بالزكاة، وهذا ما اختاره[٥] لقاضي أبو سعد الهرويُّ فيما حكاه سماعاً عنه الشيخ الإمام [ملكداد بْنُ عَلِيٍّ][٦] القزوينيُّ شيخ والدي، وبه كان يفتي الإمامُ محمَّد بن يحْيَىٰ ـ رحمهم الله جميعاً ـ والأكثرون طردوا القوْلَ بالتحريم، وقالوا: «ليست المقابلةُ بين المال والمَالِ، وإنما المقابلة بين التحْرِيمِ والاستحقاق».

---

(١) تقدم. (٢) تقدم.

(٣) رواه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن حبان والحاكم، من حديث أبي رافع. قلت: وهو في الطبراني من حديث ابن عباس.

(تنبيه) اسم الرجل الذي استتبع أبا رافع: الأرقم بن أبي الأرقم، صرح به النسائي والطبراني حديث: إن رجلين سألاه الصدقة فقال: إن شئتما أعطيتكما ولا حظ فيها لغني ـ الحديث ـ. قاله الحافظ.

(٤) لكن المذهب الأول. (٥) سقط في: ز.

البَابُ الثَّاني فِي كَيفِيَّةِ الصَّرْفِ إِلَيهِمْ، وَفِيهِ مَسَائِلُ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الأُولَىٰ: فِيمَا يُعْرَفُ بِهِ هَذِهِ الصِّفَاتُ أَمَّا الخَفِيُّ كَالفَقْرِ وَالمَسْكَنَةِ فَيُصَدَّقُ فِيهِ مُدَّعِيهِ، وَيَحْلِفُ إِذَا اتُّهِمَ اسْتِحْبَاباً، أَوْ إِيجَاباً فِيهِ خِلاَفٌ، وَأَمَّا الجَلِيُّ كَالغَازِي وَابْنِ السَّبِيلِ فَيُعْطَيَانِ بِقَوْلِهِمَا، فَإِنْ لَمْ يُحَقِّقَا المَوْعُودَ اسْتُرِدَّ مِنْهُمَا، وَأَمَّا المُكَاتَبُ وَالغَارِمُ فَيُطَالَبَانِ بِالبَيِّنَةِ لإِمْكَانِهَا، وَالإِقْرَارُ مَعَ حُضُورِ المُسْتَحِقِّ كَالبَيِّنَةِ عَلَىٰ أَظْهَرِ الوَجْهَينِ، وَالاسْتِفَاضَةُ كَالبَيِّنَةِ، وَالمُؤَلَّفُ قَلْبُهُ إِنْ قَالَ: نِيَّتِي فِي الإِسْلاَمِ ضَعِيفَةٌ صُدِّقَ (و)، وَإِنِ ادَّعَىٰ كَوْنَهُ شَرِيفاً مُطَاعاً، طُولِبَ بِالبَيِّنَةِ لإِمْكَانِهَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كلام الباب مودعٌ في مسائل:

إحداها: فيما يعوَّل عليه في صفات المستحِقِّين:

قال الأصحابُ: مَن سأَلَ الزكاة، وعرف الإمام؛ أنه ليس بصفة الاستحقاق، لم يجز صرف الزكاة إليه، وإنْ عرفه بصفة الاستحقاق، جاز، ولم يخرجوه على الخلاف في أنَّ القاضي، هل يقضي بعلمه؟ وللتهمة مجالٌ ها هنا أيضاً، وإنْ لم يعرف حاله، فالصفات قسمان: خفية وجلية:

القسم الأول: الخفي، وهو الفَقْر والمَسْكَنة، فلا يطالب مدعيهما بالبينة؛ لعُسْر إقامتها، نعم، لو عرف له مالٌ، فادعى هلاكهُ، طولِبَ بالبينة، لسهولتها، ولم يفرقوا بين أنْ يَدَّعِي الهلاك بسببٍ ظاهرٍ؛ كالحريق، أو خفيٍّ؛ كالسرقة كَصَيغَتِهِمْ في الوديعة ونحوها، ولو ادَّعَىٰ له عيالاً لا يفي كسبه بكفايتهم، فيه وجهان:

أظهرهما: أنه يُطَالَبُ بالبينة أيضاً، ولو قال: لا كسب لي، وحاله يشهد بصدقه بأن كان شيخاً كبيراً أو زَمِناً، أُعْطِيَ بلا بينة ولا يمين، وإن كان قويّاً جَلْداً أو قال: لا مال لي، واتهمه الإمام، فوجهان:

أحدهما: أنه يحلف؛ لأن الظاهر خلافُ ما يدعيه.

والثاني: لا يحلف؛ لما روي أن رجلين سألا رسولَ الله ﷺ فقال: «إنْ شِئْتُما أعْطيتكما[(١)]، وَلاَ حَظَّ فِيهَا لِغَنِيٍّ، وَلاَ لِذِي قُوَّةٍ مُكْتَسِبٍ»[(٢)] وأعطاهما من غير تحليف.

قال في «التهذيب»: وهذا أصحُ، ثم من الأصحاب من يورد الخلاف هكذا، ويقتصر عليه، ومنهم من يقول: تحليفُهُ عند التهمة واجبٌ، أو مستحبٌّ، فيه وجهان، ويشبه أن يكون المراد منهما شيئاً واحداً، لكن صاحب الكتاب جمع بينهما في

---

(١) سقط في: ز.

(٢) تقدم.

«الوسيط»، فقال: «في تحليفه وجهان، وإن حلَّفْنَاهُ، فهل هو واجبٌ، أو مستحب؟ فيه وجهان، وإذا أوجبنا اليمينَ، فنكل، لم يعْطَ، وإن قلنا مستحبة، فيجوز أن يعطىٰ».

القسم الثاني: الجلي، وهو على ضربين: ضرب يتعلَّق بالاستحقاق فيه معنًى في المستقبل، وذلك في الغازي وابن السبيل، فيعطيان بقولهما من غير بينة ولا يمين، ثم إنْ لم يحققا الموعود، ولم يخرجا [في السفر،] يسترد؛ لأن جهة الاستحقاق، لم تَحْصُل، وإلى متَىٰ يحمل تأخير الخروج، أهمل المعظم التعرُّض له، وفي «أمالي أبي الفرج السرخسيِّ»: أنه يجوز تأخيرُ الخروج يومين وثلاثة أيام، فإنِ انقضتِ الثلاثةُ، ولم يخرج حينئذٍ يستردُّ، ويشبه أن يكون هذا على التقريب، وأنْ يعتبر ترصُّده للخروج، وكون التأخير لانتظار الرفقة، إعداد الأهبة وغيرهما والله أعلم.

وضرب يتعلَّق الاستحقاق فيه بمعنى في الحال، وتقع فيه بقية الأصناف في هذا الضرب، فالعامل إذا ادعى أنه عمل، طولب بالبينة، وكذا الغارمُ والمكاتَبُ يطالبان بالبينة؛ لأن الأصل العدمُ، وإقامة البينة هينة عليهم، وإن صدقهما ربُّ الدَّيْن أو السيد، فوجهان: **أحدهما**: لا يعطَىٰ؛ لاحتمال التواطىء.

وأظهرهما: أنه يعطي؛ لظهور الحق بالإقرار.

وقوله في الكتاب: «مع حضُورِ المُسْتَحِقّ»؛ أراد به الحضورَ مع التصديق، فإن مجرد الحضور لا عبرةَ به، ولو كذبه المقرُّ له، لغا الإقرارُ، والمؤلَّف قلبه، إنْ قال: نِيَّتي في الإسلام ضعيفةٌ قِبلَ قوله؛ لأن كلامه يشهد لصدقه[1]، وإنْ ادعَىٰ كونه شريفاً مطاعاً في قومه، طولب بالبينة، هكذا فصَّل عامة الأصحاب، ونسب الشيخ أبو الفرج هذا التفصيل إلى صاحب «التلخيص» وذكر: أنَّ من الأصحاب من أطلق الجواب؛ بأنه يطالب بالبينة، فيمكن أن يُعلَم لهذا قوله في الكتاب: «صدق» بالواو.

وأما قوله: «الاستفاضة كالبينة» فالمراد منه أن اشتهار الحال بين الناس قائمٌ مقام البيِّنة؛ لحصول العلم، أو غلبة الظن، وعلى ذلك حمل قوله ﷺ في حديثِ قَبِيصَةَ بْنِ المُخَارِقِ؛ حتى يشهد أو يتكلَّم ثلاثة من ذوي الحِجَا من قومه؛ وذلك أن قبيصة قال: «تَحَمَّلْتُ حَمَّالَةَ، فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَسَأَلْتُهُ فَقَالَ: تُؤَدِّيهَا أو نخرجها عنك عَنْكَ إِذَا قَدِمْتَ نَعَمَ الصَّدَقَةِ يَا قَبِيصَةُ، إِنَّ المَسْأَلَةَ حُرِّمَتْ إِلاَّ فِي ثَلاَثٍ: رَجُلٍ تَحَمَّلَ حَمَّالَةً فَحَلَّتْ لَهُ المَسْأَلَةُ حَتَّىٰ يُؤَدِّيَهَا أَوْ يُخرِجَهَا[2]، ثُمَّ يَمْسِكُ، وَرَجُلٌ أَصَابَتْهُ فَاقَةٌ أَوْ حَاجَةٌ حَتَّىٰ يَشْهَدَ أَوْ يَتَكَلَّمَ ثَلاَثَةٌ مِنْ ذَوِي الحِجَا مِنْ قَوْمِهِ؛ أَنَّ بِهِ فَاقَةً أَوْ حَاجَةً، فَحَلَّتْ لَهُ المَسْأَلَةُ، حَتَّىٰ يُصِيبَ سَدَاداً مِنْ عَيْشٍ أَوْ قَوَاماً مِنْ عَيْشٍ ثُمَّ يُمْسِكُ، أَوْ أَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ

---

(١) تقدم. (٢) سقط في: ز.

فَاجْتَاحَتْ مَالَهُ فَحَلَّتْ لَهُ الصَّدَقَةُ حَتَّىٰ يُصِيبَ سَدَاداً أَوْ قَوَاماً منْ عَيْش، ثُمَّ يُمْسِكُ»[١] فَقِيلَ: القَصْدُ مِنْ ذِكر الثلاثة الإشارةُ إلى الاستفاضة، فإنَّ أدنى الاستفاضة يقع بثلاثةٍ.

وقوله: «يؤدِّيَهَا أو يُخْرِجَهَا» شكٌّ من الراوي، وكذلك «فاقة أو حاجة»، «وكذا يُشهد أو يتكلم»، وكذا «سداداً أو قَوَاماً»، ويشهد لما ذكرنا من اعتبار غلبة الظن ثلاثةُ أمور:

أحدها: قال بعض الأصحاب: لو أخبر عن الحال واحدٌ يقع الاعتماد علَىٰ قوله، يكفي.

والثاني: قال الإمام في «النهاية» رأيتُ للأصحاب رمزاً إلى التردُّد في أنه إذا حصل الوثوق بقول من يدعي الغُرْمَ، وغلب على الظن صدْقُه، هل يجوز الاعتماد عليه.

والثالث: حكىٰ بعض المتأخرين ما لا بدَّ من معرفته ها هنا، وهو أنه لا يعتبر في البينة في هذه الصور سماعُ القاضي، وتقدُّم الدعوى، والإمكان، والاستشهاد، بل المرادُ إخبار عدلَيْن على صفات الشهود، ثم سياق الكلام ها هنا وفي «الوسيط»: «قد يوهِمَ أنَّ إلحاقَ الاستفاضةِ بالبينة مختصٌّ بالمكاتَبِ والغارِمِ، ولكن الوجْهَ تعميمُ ذلك في كل من يطالب بالبينة من الأصناف.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الثَّانِيَةُ: فِي قَدْرِ المُعْطَىٰ، وَالغَارِمُ وَالمُكَاتِبُ يُعْطَيَانِ قَدْرَ دَيْنِهِما، وَالْفَقِيرُ وَالْمَسْكِينُ مَا يَبْلُغَانِ بِهِ (ح) أَدْنَىٰ الْغِنَىٰ وَهُوَ (و) كِفَايَةُ سَنَةٍ، فَإِنْ كَانَ لاَ يُحْسِنُ إِلاَّ التِّجَارَةَ عَلَىٰ ألف دِرْهَم أَعْطِي لِيَشْتَغِلَ بِالكَسْبِ، وَالمُسَافِرُ يُعْطَىٰ قَدْرَ مَا يُبَلِّغَهُ إِلَىٰ المَقْصِدِ أَوْ إِلَىٰ مَوْضِعِ مَالِهِ، وَالغَازِي يُعْطِي الْفَرَسَ وَالسِّلاَحَ عَارِيَّةً أَوْ تَمْلِيكاً أَوْ وَقْفاً مِمَّا وَقَفَهُ الإِمَامُ بَعْدَ أَنْ اشْتَرَاهُ بِهَذَا السَّهم، وَيُعْطَىٰ مِنَ النَّفَقَةِ مَا زَادَ بِسَبَبِ السَّفَرِ، وَهَلْ يُعْطَىٰ أَصْلَ النَّفَقَةِ؟ وَجْهَانِ، وَالمُؤَلَّفُ قَلْبُهُ يُعْطَىٰ مَا يَرَاهُ الإِمامُ، وَالعَامِلُ يُعْطَىٰ أَجْرَ مِثْلِهِ، وَإِنْ كَانَ ثَمَنُ الصَّدَقَةِ زَائِداً عَلَىٰ أَجْرِ المِثْلِ رُدَّ الفَضْلُ عَلَىٰ الأَصْنَافِ، وَإِنْ كَانَ نَاقِصاً كُمِّلَ مِنْ بَقِيَّةِ الزَّكَاةِ (و)، إِلاَّ إِذَا كَانَ فِي بَيْتِ المَالِ وَرَأى الإِمَامِ التَّكْمِيلَ مِنْهُ فَلَهُ أَنْ يُكَمِّلَ مِنْهُ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصود المسألة بيان أن كلَّ واحد من الأصناف كم يعطَىٰ؟

أما الغارِم والمكاتَبُ، فيعطيان قدر دَيْنِهِمَا، فإنْ قَدَرَا على بعض ما عليهما، أعطيا الباقي. وأما الفقير والمسكين، فيعطيان ما تزول به حاجتهما، وتحصل كفايتهما، ويختلف ذلك باختلاف الناس والنواحي، فالمحترف الذي لا يجد آلة حرفته يعطي ما يشتريها به، قلَّت قيمتها أو كثرت؛ ليكتسب، والتاجر يعطى رأس المال ليشتري به من

---

(١) تقدم في التفليس.

النوْع الذي يحسن التجارة والتصرُّف فيه، ويكون قدره ما يفي ربحه بكفايته غالباً.

وأوضحوه بالمثال، فقالوا: البقليُّ يكتفي بخمسة دراهم، والباقلاني بعشرة، والفواكهي بعشرين، والخبَّاز بخمسين، والبَقَّال بمائة، والعَطَّار بألف، والبَزَّاز بألفين، والصَّيْرفيُّ بخمْسَة آلاف، والجوهريُّ بعشرة آلاف.

من لا يحسن الكسب بالحرفة ولا بالتجارة؛ قال العراقيُّون، وطائفة سواهم: يعطَىٰ كفاية العمر الغالب، ولا يتقدَّر بالشهر ولا بالسنة، وروى آخرون، منهم صاحب «التهذيب» والمصنف: تقديره بكفاية السنة توجيهاً بأنَّ الزكاة تتكَّرر كل سنة[1]، فيحصل بها الكفاية سنةً سنةً، وقضية التقدير كونُ المسألة علَىٰ وجهين، وأشار في «التتمة» إلَىٰ رفع الخلاف وتنزيل الكلامين على حالين، إن أمكن إعطاء ما يحصُلُ منه كفايته، أعطاه، وإلاَّ إعطاه كفاية سنة، وهذا غير متَّجِهٍ، لأنه لو لم يقدر على أن يعطيه كفاية سنة، فلا بد وأن يعطيه كفايةَ ما دونها، وحينئذٍ فلا معنى للضبط بالسَّنَة، وإذا قلنا: يعطى كفاية العمر فما طريقه؟ قال في «التتمة» وغيره: يعطَىٰ ما يشتري به عقاراً يستغلُّ منه كفايته، ومنهم من يُشْعِرُ كلامه بأنه يعطَىٰ ما ينفق عليه في حاجته، والأول أقرب، وإذا عرفت ذلك، أَعْلَمْتَ قوله: «وهو كفاية سَنَةٍ» بالواو، ويجوز أنْ يعلم قوله: «ما يبلغانِ به أدْنَىٰ الغَنَاء» بالحاء والألف؛ لأن عند أبي حنيفة لا يعطَىٰ نصاباً، وإنْ لم تزل به حاجته، وعند أحمد لا يعطَىٰ أكثر من خمسين درهماً.

لنا: أنه ﷺ قَالَ: «حَتَّىٰ يُصِيبَ سَدَاداً مِنْ عَيْشٍ»[2] وهو ما يسدُّ به ثَلَمَةَ الحاجةِ، اعتبر الكفاية ولم يقدِّر.

وأما ابنُ السبيلِ: فيعطى ما يبلِّغه إلى مَقْصِدِه أو إلَىٰ موضِعِ ماله، إن كان له في الطريق مال، فيعطَىٰ من النفقة، وكذا الكسوةُ، إن كان محتاجاً إليهما؛ بحسب ما يقتضيه الحال صيفاً وشتاءً، ذكره ابن الصَّبَّاغ وغيره، وكذا يُهَيَّأ له المركوب، إن كان السفر طويلاً، أو كان الرحل ضعيفاً لا يقْدِرُ على المشي، وإن كان السفر قصيراً، أو الرجل قوياً، فلا، ويعطى ما ينقل به زادَهُ ورحْله أيضاً، إلا أن يكون قدر ما يعتاد مثله أن يحمله بنفسه. ثم في «أمالي أبي الفرج السرخسي» في كيفية تهيئة الركوب؛ أنه إن ضاق المال، فيعطَىٰ كراء المركوب، وإن اتسع اشترى له المركوب، فإذا تم سفره،

---

(١) قال النووي: وممن قطع بالمسألة صاحب «التلخيص»، والرافعي في «المحرر»، ولكن الأصح، ما قاله العراقيون، وهو نص الشافعي ـ رضي الله عنه ـ، ونقله الشيخ نصر المقدسي عن جمهور أصحابنا، قال: وهو المذهب. والله أعلم.

(٢) تقدم.

حكى في استرداد الدابَّة وجهَين، جوابُ عامة الأصحاب فيهما: الاسترداد، وكما يعطى للذَّهَابِ، يعطى للرجوع أيضاً إن كان يريد الرُّجُوع، وليس في مقصده مالٌ؛ لشمول الحاجة، وفيه وجهان آخران:

أحدهما: أنه لا يعطَىٰ للرجوع في ابتداء السفر؛ لأنه سفر آخر، وإنما يعطَىٰ إذا أراد الرجوع.

والثاني: عن أبي زيد؛ أنه إن كان على عزم أن يصل الرجوعَ بالذَّهاب أعطى للرُّجُوع أيضاً، وإن كان على أنْ يقيم هناك مدة، لم يعطَ، ولا يعطَىٰ لمدة الإقامة في المقصد إلاَّ مقام المسافرين، إذا لم يكن له مال هناك؛ بخلاف الغازي حيث يعطى للمُقَامِ في الثَّغْر، وإن طال؛ لأنه قد يُحْتَاج إليه لتوقُّع الفتح، ولأنه لا يزولُ عنه الاسم بطولِ المقام، بل يتأكد، وها هنا يزول، وعن «صاحب التقريب» أنه إن أقام لحاجةٍ يتوقَّع زوالها، أعطى، وإن زادت إقامته على إقامة المسافرين. والذي يدفع إلى ابن السبيل يكون تمام مؤنته، أو ما زاد بسبب السفر، فيه وجهان:

أصحهما: أولهما، وهما كالقولين في عامل القراض، إذا سافر، وفي الولي إذا حج بالصبيِّ، وأنفق عليه من ماله، كم يضمن، وأما الغازِي فيعطي النفقة والكُسْوة مدةَ الذهاب والمقام في الثغرة، وإن طال، ومدة الرجوع، ويكون المعطَىٰ تمام مؤنتهما[1]، أو ما يزيد بسبب السفر، دون أصل المؤنة، فيه وجهان؛ كما سبقا في ابن السبيل، وربما أشعر نظم الكتاب بتخْصيصِ هذا الخلاف بالغازِي، ولا فرق، ويعطَىٰ ما يشتري به الفرس، إن كان يقاتل فارساً، وما يشتري به السلاحَ وآلاتِ القتالِ، ويصير كل ذلك ملكاً له، ويجوز أن يستأجر له الفَرَسُ والسلاحُ، ويختلف الحال بحسب كثرة المالِ وقلَّته، وإن كان يقاتل راجلاً، فلا يعطَىٰ ليشتري الفرس، وأما ما يحمل عليه الزاد ويركبه في الطريق، فعلى ما مَرَّ في ابن السبيل.

فَرْعٌ: إنما يعطى الغازِي، إذا حَانَ وقت خروجه؛ ليهيىء منه أسبابَ الخروج[2]،

---

(١) تنبيه: سكتوا عن قدر المعطي لإقامته مع أنه لا يعرف في الابتداء مدة مقامه. قال الأذرعي: ويحتمل إعطاؤه لأقل مدة يظن إقامته هناك، وإن زادت المدة زيد بحسبها لكن قد يجره ذلك إلى نقل الزكاة إلى دار الحرب وصرفها هناك، وقد يفتقر هذا للحاجة.

(٢) قال الأذرعي: ولم يذكرا في الشرح والروضة في الغازي غير الفرس، وذكر الهيئة المركوب لابن السبيل فقط، ولم يحضرني في ذلك تصريح للأصحاب بل قضية كلام كثير منهم أن مركوبه هو الفرس الذي يعطاه.
قال: وقد يوجه بأن توفير الخيل إلى وقت الحرب، إذ لو ركبوها من دارنا إلى دار الحرب ربما كلت وعجزت عن الكرّ والفرّ حال المطاردة والقتال لا سيما إذا بعد المغزى.

فإن أخذ، ولم يخرج، فقد ذكرنا أنه يستردُّ، فإن مات في الطريق، أو امتنع من الغزو، استرد ما بقي، وإنْ غَزَا ورجع، وعنده بقية، فإن لم يقتِّر على نفسه، وكان الباقي شيئاً صالحاً، فكذلك الجواب؛ لأنه تبين أن المعطَىٰ فوق الحاجة، وأنه أخطأ في الاجتهاد، وإن قتَّر على نفسه، أو لم يقتِّر إلاَّ أنَّ الباقي شيءٌ يسير، فلا يستردُّ وفي مثله في ابن السبيل يستردُّ على المشهور؛ لأنا دفعْنَا إلى الغازِي ما يكفيه؛ لحاجتنا إليه، وقد تحصلنا على العوض، لَمَّا غزا، وابن السبيل إنما يدفع إليه لحاجته، فإذا تم السفر، فقد زالت حاجته، ولم يتحصل منه على عوض، فيدفع الباقي إلى محتاج، وفي ابن السبيل وجه آخر؛ أنه لا يسترد منه أيضاً، وهذا أبداه الحَنَّاطيُّ احتمالاً، ونسبه الشيخ أبو الفرج إلى النصِّ.

فَرْعٌ: في بعض شروح المفتاح: أنَّه يأخذ نفقته ونفقة عياله ذَهَاباً ومُقَاماً ورجوعاً وسكت المعظم عن نفقة العيال[1]، لكن تجويز أحدهما ليس ببعيد؛ أليس ينظر في استطاعة الحجِّ إلى نفقة العيال؛ حتى يعتبر استغناؤه لعياله؛ كما يعتبر استغناؤه لنفسه، كذلك يجوز أن ينظر إليها ها هنا؛ حتَّىٰ يستغنى بما يأخذ لعياله؛ كما يستغنى لنفسه.

وقوله في الكتاب: «والغَازِي يُعْطي الفَرسَ والسلاحَ عاريَّةً أو تمليكاً أو وقفاً ممَّا وقَفَه الإمامُ بعد أنِ اشْتراهُ بهذا السَّهْم»؛ أراد أن الأمر فيه موكولٌ إلى رأي الإمام، إن شاء أعطاه الفرس والسلاح تملكاً، وإن شاء استأجره له، وله أن يشتري أفراساً، ويجعلها وقفاً في سبيل الله فيعيرهم إيَّاها عند الحاجة فإذا انقضت استردتْ.

وذكر الحَنَّاطِيُّ وجهاً آخر؛ أنه لا يجوز أنْ يشتري لهم الفرس والسلاح قبل وصول المال إليهم، وهذا قضية ما في تعليق الشيخ أبي حامد ـ رحمه الله ـ ثم في قوله: «عارية أو تمليكاً أو وقفاً» نظر من جهة اللفظ، وذلك لأنه لا يعطيه وقفاً بحال، وإنما يملكه ما اشتراه، أو يعيره مما اشتراه ووقَفَه، فليس الوقف قسماً، والعاريَّة قسماً، بل إذا جوزنا الشراء، يشتري ويقف ثم يُعِيره.

أما من يؤلف قلبه، فيعطي ما يراه الإمامُ، قال المسعوديُّ: «يجعله علَىٰ قدر كفايتهم وكلفتهم».

وأما العاملُ: فاستحقاقه بالعمل؛ حتى لو حمل أرباب الأموال زكاتهم إلى وَالِي البلدة، أو إلى الإمام، فهل أنْ يأتيهم العامل، فلا شيء للعامل، وإذا كان الاستحقاق بالعمل، فالمدفوع إليه أجرة المثل لعمله ثم الإمام يخير بعد بعث السعاة بَيْنَ أن يبعث من غير شرط، ثم يعطى المبعوث أجرة مثل عمله، وبين أن يُسَمِّيَ له ما يكون قدْرَ أجرته على سبيل الإجارة أو الجَعَالة، ثم يؤديه من الزكاة، ولا يسمِّي له أكثر من أجْرة

---

(١) صرح به الفارقي وابن عصرون في النفقة.

المثل، فإن فعل، فتفسد التسمية من أصلها أو يكون قدر أجرة المِثْل من الزكاة، وما زاد في خالص مال الإمام فيه وجهان[1] مرويَّان في «أمالي أبي الفرج السرخسيِّ».

ومهما كان سهْمُ العاملين زائداً على أجرة المثل، رد ما فَضِلَ على سائر الأصناف، وإن نقص، فعن نص الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ؛ أنه يكمل من بيت المال، ولو قيل: يكمل من سهم بقية الأصناف، فلا بأس، وفيه طرق للأصحاب:

أظهرهما: أن في المسألة قولَيْن:

أصحهما: أنه يكمل من مال الصدقة، ثم يقسم الباقي؛ كما أن أجرة قيم اليتيم في مال اليتيم، وأيضاً فإنه لو زاد دفع الزائد إلى سائر الأصناف، فإذا نقص أخذ منهم.

والثاني: يكمل من خمس الخمس سهْمُ المصالح، ولا ينقص نصيب سائر الأصناف لظاهر الآية.

والثاني: عن أبي إسحاق؛ أنها ليست على قولين، لكن الإمام يتخيَّر بحسب ما يظهر له من المصلحة.

والثالث: إن بدأ بسهم العاملين، كمَّل من الصدقة، وإن بدأ بسائر الأصناف، ثم أعطى العامل، وكان فيه نقص، كمَّل من مال المصالح؛ لعسر الاسترداد منهم.

والرابع: إن فضل عن حاجة سائر الأصناف، كَمَّل من الصدقة، وإلاَّ فمن بيت المال، وكلٌّ واحد من صاحبي الطريقتين حمل تردد القولَيْن على ما ذكره من الحالين.

وليعلم قوله في الكتاب: «كَمَّل من بقيَّة الزكاة» لما حكينا، وقوله: «إلاَّ أَنْ يَكُونَ في بَيْت المالِ سَعَة، ورأى الإمامُ التكميلَ منه، فله أن يكمِّل منه» هذه اللفظة قضيَّتها تجويزُ التكميل منه في هذه الحالة، وذلك يشعر بلزوم التكميل من بقية الزكاة في غير هذه الحالة، لكنهم لم يختلفوا في جواز التكميل مِنْ سهم المصالح مطلقاً؛ بل لو رأى الإمامُ أن يجعل أجرة العامل كلَّها من بيت المال، جاز ويقسم الصدقة على سائر الأصناف، ذكره ابن الصَّبَّاغ وغيره، وإنما الخلاف في تَجْويز التكميل من الصدقة.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَرْعٌ: مَنِ ٱجْتَمَعَ فِيهِ صِفَتَانِ هَلْ يَسْتَحِقُّ سَهْمَيْنِ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ، يُنْظَرُ فِي أَحَدِهِمَا إِلَىٰ ٱتِّحَادِ الشَّخْصِ، وَفِي الآخَرِ إِلَىٰ تَعَدُّدِ الصِّفَةِ، وَقِيلَ: إِنْ تَجَانَسَ السَّبَبَانِ؛ كَالفَقْرَ وَالغُرْمِ لِغَرَضِ نَفْسِهِ، فَلاَ يُجْمَعُ، وَإِن ٱخْتَلَفَ؛ كَالغَزْوِ وَالفَقْرِ فَيُجْمَعُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا اجتمع في شخص صفتا استحقاقٍ، هل يعطَىٰ بهما؟ نصَّ في

(١) قال النووي: أصحهما الأول والله أعلم.

الباب الثاني من قسم الصدقات عَلَى المنع، وذكر في المؤلَّفة قولاً قدَّمناه، وأنهم يعطَوْنَ من سهم المؤلَّفة، وسهم سبيل اللَّه، وللأصحاب ثلاثة طرق:

أظهرهما: أن فيها قَوْلَيْن:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة: أنه يجوز أن يعطَىٰ بهما؛ لأن للفقير سهماً، وللغارم سهماً، وهذا فقير وغارم، وأيضاً: فإن الغازي إذا كان من ذوي القربَىٰ يأخذ بالوجهين.

والثاني: لا يعطَىٰ بهما، بل بما يختار منهما؛ لأنه شخصٌ واحدٌ، فلا يأخذ بسهمين من مال واحد؛ كما لو لم يكنْ فيه إلا صفة واحدة، وأيضاً: فإن الله تعالَىٰ عطف المستحقِّين بعضهم على بعض، والعطف يقتضي التغاير، وكلام الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ والأصحاب إلى هذا القولِ أميلُ.

والطريقُ الثاني: القطْع بالمنع، وتأويلُ ما ذكره في المؤلَّفة؛ على ما تقدَّم.

والثالث: إن كان السببان من جنس واحد؛ كما لو كان فقيراً غارماً لغَرضِ نفسه، فلا يعطَىٰ بهما؛ لأن الفقير وهذا الغارِمَ يعطيانِ لحاجتهما إلَيْنا، وكذا لو كان غازياً وغارماً لإصلاح ذات البين، فإنهما يعطيان لحاجتنا إليهما، وإن اختلف السببان، كما لو كان غازياً وغارماً لغرض نفسه، أو كان غازياً وفقيراً، فيعطَىٰ بهما لأن استحقاق الغازي لحاجتنا إليه واستحقاق هذا الغارم والفقير لحاجته إلينا، وشبَّهوه بالميراث، إذا اجتمع في الشخص جهتا فرضٍ لا يعطى بهما، وإن اجتمع جهةُ فرض، وجهةُ تعصيبٍ، يعطَىٰ بهما، فإن قلنا: بالمنع، فلو كان العامل فقيراً، فوجهان، بناءً على أنَّ ما أخذه العامل أجرة؛ لأنه إنما استحق بالعمل أو صدقة؛ لأنه معدود في مستحقِّ الصدقة، وفيه وجهان، وإن جوزنا أن يعطى لمعنيين، فيجوز أن يعطَىٰ لمعانٍ أيضاً، قال الحناطيُّ[1]: «ويحتمل ألاَّ يعطَىٰ إلا لمعنَيَيْن».

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّالِثَةُ يَجِبُ (ح م و) ٱسْتِيعَابُ الأَصْنَافِ الثَّمَانِيَةِ عِنْدَ القُدْرَةِ فَإِنْ فُقِدَ صِنفٌ رُدَّ نَصِيبُهُ إِلَىٰ البَاقِينَ، وَلاَ يَجِبُ ٱسْتِيعَابُ آحَادِ الأَصْنَافِ، بَلْ يَجُوزُ ٱلاقْتِصَارُ عَلَىٰ الثَّلاثَةِ فَإِنَّهُ أَقَلُّ الجَمْعِ، فَإِنِ ٱقْتَصَرَ عَلَىٰ ٱثْنَيْنِ غُرِّمَ لِلثَّالِثِ أَقَلُّ مَا يَتَمَوَّلُ؟ لِأَنَّ التسويَةَ بَيْنَ آحَادِ الصِّنْفِ غَيْرُ وَاجِبَةٍ فَإِنَّهُ لاَ حَصْرَ لَهُمْ، بِخِلاَفِ التَّسْوِيَةِ بَيْنَ الأَصْنَافِ الثَّمَانِيَةِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يُغَرَّمُ الثُّلُثَ، وَإِنْ عُدِمَ فِي بَلَدٍ جَمِيعُ الأَصْنَافِ فَلاَ بُدَّ مِنْ نَقْلِ الصَّدَقَةِ، وَإِنْ

---

(١) قال النووي: قال الشيخ نصر: إذا قلنا: لا يعطى إلا بسبب، فأخذ بالفقر، كان لغريمه أن يطالبه بدينه، فيأخذ ما حصل له. وكذا إن أخذه بكونه غارماً، فإذا بقي بعد أخذه منه فقيراً، فلا بد من إعطائه من سهم الفقراء، لأنه الآن محتاج.

فُقِدَ البَعْضُ فَيُرَدُّ عَلَىٰ البَاقِينَ، أَوْ يُنْقَلُ فَعَلَىٰ وَجْهَيْنِ: أَظْهَرُهُمَا الرَّدُّ عَلَى البَاقِينَ لِعُسرِ النَّقْلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المسألة تتضمَّن صوراً:

إحداها: استيعاب الأصناف الثمانية واجبٌ عند القدرة[(١)]، ولا يجوز تخصيصُ بعضهم بإعطاء الزكاة.

وقال أبو حنيفة وأحمد ـ رحمهما الله ـ يجوزَ تخصيصُ بعض الأصناف، وبعضُ آحادِ الصنف. وعن مالك: أنه يجوز الصرْفُ إلَىٰ من هو أشدُّ حاجةً من الأصناف.

لنا: أنَّ الله تعالَىٰ أضاف الصدقاتِ إلى الفقراء والمساكينِ[(٢)] وغيرهما بحرف «اللام» كما يقول القائل: هَذِهِ الدَّارُ لزيْدٍ، ولعمرٍو، ولبكر، أو يوصى للفقراء والمساكينِ والغارمينَ، وذلك يمنع تخصيصَ بعض المذكورين، فكذا ها هنا، هذا إذا قسم الإمامُ، وكان هناك عاملٌ، فإن قسم المالك بنفسه، أو لم يكن عاملٌ، سقط سهم العامل، ويقسم على الأصناف السبعة، وروى الحَنَّاطيُّ عن النص: «أنه إذا قسم بنفسه، سقط سهم المؤلَّفة أيضاً، وتكون القسمة على ستة أسهم»، وهكذا هو في «فتاوى القتال ـ رحمه الله ـ»، والأول النقلُ الظاهر، وكذا سائر الأصناف ومهما فُقِدَ بعضهم، يقَسَّم الصدقة على الباقين[(٣)]، وليس كما لو أوصى لرجلَيْن، فرد أحدهما، يكون المردود للورثة دون الباقي؛ لأن المال للورثة، لولا الوصية، والوصية تبرُّع رُخِّصَ فيه، فإذا لم

---

(١) ومحل وجوب الاستيعاب إذا لم يقل المال، فإن قل بأن كان قدراً لو وزعه عليهم لم يسدّ لم يلزمه الاستيعاب للضرورة بل يقدم الأحوج فالأحوج أخذاً من نظيره في الفيء. (قاله الزركشي).

(٢) تعقب بأنه ليس في الآية ما يدل على عدم الاجتزاء بإعطاء صنف من الثمانية، بل ليس فيها ما يدل على وجوب استيعاب الثمانية أو ما وجد من الثمانية، بل وردت أحاديث تدل على خلاف ذلك، وذكر الطبري في تفسيره من طريق عطاء عن سعيد بن جبير عن ابن عباس في هذه الآية قال: في أي صنف وضعته أجزأك، ورواه عبد الرزاق من وجه آخر، ورواه الطبري عن عمر وجماعة من التابعين بأسانيد صحيحة، ويدل لذلك حديث معاذ بن جبل: خذها من أغنيائهم فضعها في فقرائهم، وفي النسائي عن عبد الله بن هلال الثقفي قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: كدت أقتل بعدك في عناق أو شاة من الصدقة، فقال: لولا أنها تعطي فقراء المهاجرين ما أخذتها. قاله الحافظ.

(٣) إذ المعدوم لا سهم له.

وقال ابن الصلاح: والموجود الآن، ويراد الوقت الذي يعيش فيه أربعة أصناف: فقير وغارم ومسكين وابن سبيل وقال ابن كج: سمعت القاضي أبا حامد يقول: أنا أفرق زكاة مالي على الفقراء والمساكين لأني لا أجد غيرهم إلا المكاتبين والعاملين عليها إذ العاملين عليها لا بد من توليتهم بأمر من السلطان ولم يكف الحاكم أحد في ذلك.

يتم، أخذ الورثة المالَ، والزكاةُ دينٌ لزمه، يرتدُّ إليه، ولهذا لو لم يوجد المستحِقُّون لا تسقط الزكاة، بل توقف؛ حتى يوجدوا[1] أو يوجد بعضهم.

فلْيُعْلَمْ لِمَا روَيْنا في الكتاب قوله: «يجب اْستيعابُ الأصنافِ الثمانية» بالحاء والميم والألف، ويجوز أن يُعْلَم بالواو أيضاً؛ لأن أبا عبد الله الحَنَّاطِيَّ حكَىٰ عن الإِصطخريِّ ـ رحمه الله ـ: «أنه يجوز الصرف إلَىٰ ثلاثة من الفقراء، إذا قسم المالك»، ثم نقل بعضهم تجويزَ ذلك في صدقة الفِطْر خاصَّة، فهذا هو الذي شهر عن الإِصطخريِّ، والله أعلم.

الثانية: إذا قسم الإِمام، فعليه استيعاب آحاد الصنف، ولا يجوز الاقتصار على بعضهم، فإن الاستيعاب لا يتعذَّر عليه، كذلك رواه ابن الصَّبَّاغ وغيره، وليس المراد أنه يستوعب في زكاة كل شخصِ الآحاد، ولكن يستوعبهم من الزكوات الحاصلة في يده، وله أنْ يخصِّص بعضهم بنوعٍ من المالِ، وآخرين بنَوْعٍ، وإن قسم المالك، فينظر إن أمكن الاستيعاب؛ بأن كان المستحِقُّون في البلد محصورين[2]، يفي بهم المال[3]، فقد أطلقَ في «التتمة» وجوبَ الاستيعابِ أيضاً، وفي «التهذيب»: أنه يجب إن لم يجوِّز نقل الصدقةِ، وإن جوزناه، لم يجب؛ لكنه ليستحب وإن لم يمكن الاستيعابُ، سقط الوجوب والاستحباب، ولكن لا ينقص الذين ذكرهم الله تعالَىٰ بلفظ الجمع من الفقراء وغيرهم عن ثلاثة[4]، نعم يجوزُ أنْ يكون العاملُ واحداً فيقتصر عليه، وفي ابن السبيل وجْهَانِ:

أحدهما: أنه يجوز الاكتفاء بواحد أيضاً؛ لأنه لم يذكر بلفظ الجمع.

وأصحهما: المنعُ؛ كما في سائر الأصناف، واللفظ للجنْسِ، وقال بعض شارِحي «المخْتَصَرَ»: ولو طرد الوجهانِ في الغزاة، لم يبعد؛ لقوله تعالَىٰ: ﴿وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ [التوبة ـ ٦٠] وإذا صرف ما عليه إلى اثنين مع القدرة على الثالث، غرم للثالث، وفي قدره قولان: المنصوصُ منهما في الصدقات؛ أنه يغرم قدر الثلث من نصيب ذلك الصنف؛ لأنه لثلاثة وقد تعدَّىٰ في نصيب واحد، والقياس أنه يغرم قَدْرَ ما لو أعطاه في الابتداء، لخرج عن العهدة؛ لأنه الذي فرط فيه، ولو صرفه إلى واحد، فعلى الأول

---

(١) فإن امتنعوا من أخذها قاتلهم الإمام على ذلك كما قاله سُليم الرازي في «المجرد» لأن أخذها فرض كفاية.

(٢) بأن سهل عادة ضبطهم ومعرفة عددهم.

(٣) فيجب التسوية بينهم حينئذ.

(٤) لأن الله تعالى أضاف إليهم الزكوات بلفظ الجمع وأقله ثلاثة.

يغرَم الثلثين، وعلى الثاني أقلّ ما يجوز صرفه إليهما[١].

ولو لم يوجدْ إلا دون الثلاثة، والصنفُ ممن يجب إعطاءُ ثلاثة منهم، فيعطى من وُجِدَ، والباقي يرد عليه ما لم يخرجْ عن حد الاستحقاق أو ينقل إلى بلدة أخرى؟ قال المتولِّي: «هو كما لو لم يوجدْ بعضُ الأصنافِ في بَلَدٍ[٢]»، وسيأتي».

الثالثة: التسوية بين الأصناف واجبةٌ، وإن كانت حاجةُ بعضهم أشدَّ إلا أنَّ العامل لا يزاد على أجرة مثله؛ كما مر، وأما التسوية بين آحاد الصنف، استوعبوا أو اقتصر على بعضهم، فمستحبٌ عند تساوي الحاجات[٣]، ولكن لا يجب، وفرقوا بين الفصلين بأنَّ الأصناف محصورة، فيمكن التسوية بينهم، والعدد من كل صِنْفٍ غيرُ محصور؛ فيسقط اعتبار التسوية.

قال في «التهذيب»: «وليس هذا كما لو أوصى لفقراء بلدة بعينها، وهم محصورون»؛ حيث يجب تعميمهم [والتسوية بينهم، وها هنا إذا كانوا محصورين يجب التعميمُ][٤]، ولا تجب التسوية؛ لأن الحقَّ في الوصية لهم على التعيين؛ حتى لو لم يكن هناك فقيرٌ تبطل الوصية، وها هنا لم يثبت الحقُّ لهم على التعيين وإنما تعينوا لفقد غيرهم، ولهذا لو لم يكن في البلدة مستحِقُّون، لا تسقط الزكاة، بل تنقل إلى بلد آخر، فمن حيث إنهم محصورون وجب التعميم، ومن حيث إنه لم يثبت لهم على التعيين، لم تجب التسوية، وهذا إذا قسم المالك، فإن قسم الإمام؛ قال في «التتمة»: «لا يجوز له تفضيلُ بعضهم على بعض عند تساوي الحاجات»؛ لأن عليه التعميمَ، فيلزمه التسوية، والمالك لا تعميم عليه، فلا[٥] تسوية، وإذا

---

(١) قال النووي: هكذا قال أصحابنا رحمهم الله تعالى: إن الأقيس هو الثاني، ثم إن الجمهور أطلقوا القولين هكذا وقال صاحب «العدة»: إذا قلنا: يضمن الثلث، ففيه وجهان. أحدهما: أن المراد إذا كانوا سوّوا في الحاجة، حتى لو كان حاجة هذا الثالث حين استحق التفرقة مثل حاجة الآخرين جميعاً، ضمن له نصف السهم ليكون معه مثلهما، لأنه يستحب التفرقة على قدر حوائجهم. والثاني: أنه لا فرق.

(٢) قال النووي: الأصح، أن يصرف إليه. وممن صححه الشيخ نصر المقدسي، ونقله هو وصاحب «العدة» وغيرهما عن نص الشافعي رحمة الله عليه، ودليله ظاهر.

(٣) لأن الحاجات متفاوتة غير منضبطة فاكتفى بصدق الاسم، فإن تفاوتت استحب التفاوت بقدرها بخلاف الوصية لفقراء بلد، فإنه يجب التسوية بينهم؛ لأن الحق فيها لهم على التعيين لو لم يكن ثم فقير بطلت الوصية. وهذا لم يثبت الحق لهم على التعيين، وإنما تعينوا لفقد غيرهم. قاله الخطيب في المغني.

(٤) سقط في: ز.

(٥) قال النووي في زياداته: هذا التفصيل الذي في «التتمة» وإن كان قوياً في الدليل، فهو خلاف مقتضى إطلاق الجمهور استحباب التسوية. =

تأملت ما أوردناه، عرفت أن الصور الثلاث في الكتاب غَيْرُ مُجْرَاةٍ على إطلاقها، ولا هي مقيدة بقَيْدٍ بل تستمر فيها[1] وإنما يجبُ استيعابُ الأصناف الثمانية، إذا قسم الإمام، وإنما لا يجب استيعاب آحاد الصنف، والتسوية بينهم، إذا قسم المالك، وفي مثل هذا يقع التباس عظيمٌ.

الرابعةُ: إذا عدم في بلد جميعُ الأصنافِ، فلا بد من نقل الزكاة، وليكنِ النقلُ إلى أقرب البلاد إليه، وإلاَّ فهو على الخلاف في نقل الصدقات، وإن عدم بعضهم، نُظِرَ إنْ عدم العامل، سقط سهمه، وإن عدم غيره، فإن جوزنا نقل الصدقات، نقل نصيب الباقين، وإن لم نجوزه، فوجهان[2]:

أحدُهما: ينقل أيضاً، ولا يرد إلى الباقين؛ لأن استحقاق الأصناف منصوصٌ عليه، فيقدم على رعاية المكان الذي يثبت بالاجتهاد.

وأصحُهما: الردُّ على الباقين؛ لأن عدم الشيء في موْضعه [كالعدم المُطْلَق؛ ألاَ ترَىٰ أن عدم الماء في الموضع][3] يرخِّص في التيمم، وإن وجد في سائر المواضع، وإن قلنا: تنقل، فلتنتقل، إلى أقرب البلاد، فإن نقل إلى غيره، أو لم ينقله، وردَّه على الباقين، ضمن، وإن قلْنا: لا تنقل فلو نقل، ضمن، فلو وجد الأصناف وقسم بينهم، فينقص نصيب بعضهم عنِ الكفاية، وزاد نصيب بعضهم على الكفاية، فيصرف ما زاد إلى ما نقص نصيبه أو ينقل إلى ذلك الصنف بأقرب البلاد إليه فيه مثل هذا الخلاف، وإذا قلنا بالرد على الذين نقص سهمهم عن الكفاية، فيرد عليهم بالسوية، فإنِ اكتفى بعضهم ببعض المردود، قسم الباقي بين الآخرين بالسوية، ولو زاد نصيبُ جميع الأصناف على قَدْر الكفاية، أو نصيب بعضهم، ولم ينقص نصيب الآخرين، نقل ما زاد إلَىٰ ذلك الصنف، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرَّابِعَةُ: فِي نَقْلِ الصَّدَقَاتِ ثَلاَثَةُ أَقْوَالٍ: (أَحَدُهَا): الجَوَازُ (م) لِعُمُومِ الآيَةِ (وَالثَّانِي): المَنْعُ لِمَذْهَبِ مُعَاذٍ (وَالثَّالِثُ): لاَ يَجُوزُ النَّقْلُ وَلَكِنْ تَبَرَأُ ذِمَّتُهُ إِذَا نَقَلَ،

= وحيث لا يجب الاستيعاب.

قال أصحابنا: يجوز الدفع إلى المستحقين من المقيمين بالبلد والغرباء ولكن المستوطنون أفضل، لأنهم جيرانه. والله أعلم.

وجزم النووي المنهاج بالحرمة فقال ما نصه: «إلا أن يقسم الإمام فيحرم عليه التفضيل مع تساوي الحاجات» وخرج بقوله مع تساوي الحاجات ما لو اختلف فيراعيها.

(١) في ب: لها.

(٢) في ب: فقولان.

(٣) سقط في: ز.

وَقِيلَ: يَطَّرِدُ هَذَا الخِلاَفُ فِي الكَفَّارَاتِ وَالنُّذُورِ وَالوَصَايَا، وَالأَظْهَرُ فِيهَا جَوَازُ النَّقْلِ، وَصَدَقَةُ الفِطْرِ كَسَائِرِ الزَّكَوَاتِ فِي مَنْعِ النَّقْلِ وَوُجُوبِ اسْتِيعَابِ الأَصْنَافِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: للشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ في نقل الصدقة مِنْ بلد الوجوبِ مع وجود المستحِقِّين إلى بلد آخر قولان[(١)]:

أحدهما: الجوازُ، وبه قال أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ لأن قوله: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ والْمَسَاكِينِ﴾ [التوبة ـ ٦٠] مطلقٌ، وأيضاً: فإن الكفارة لا تختصُّ ببلد الوجوب، فكذلك الزكاة، وأيضاً: فقد رُوِيَ عنْ معاذٍ ـ رضي الله عنه ـ أنه قال لأهل اليمن: «ائْتُونِي بِكُلِّ خَمِيصٍ أَوْ لَبِيسٍ آخُذُهُ مِنْكُمْ مَكَانَ الصَّدَقَةِ، فَإِنَّهُ أَرْفَقُ بِكُمْ وَأَنْفَعُ لِلْمُهَاجِرِينَ وَالأَنْصَارِ بِالْمَدِينَةِ»[(٢)].

وأصحهما: المنع، ويُحْكَىٰ عن مالك وأحمد ـ رحمهما الله ـ؛ لما رُوِيَ أَنَّ النبيَّ ﷺ بَعَثَ معاذاً إلى اليمنِ فقال: «أَعْلِمْهُمْ أَنَّ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ وَتُرَدُّ عَلَىٰ فُقَرَائِهِمْ»[(٣)] دل على أن صدقة كلِّ صنف لفقرائهم، وأيضاً: فإن طمع المسكين في

---

(١) اختلف أهل العلم في نقل الزكاة من بلد إلى أخرى مع وجود المستحقين واتفقوا على كراهة ذلك، واتفقوا مع الكراهية على أنه إذا نقل وأدى سقط عنه الفرض إلا سيدنا عمر بن عبد العزيز فإنه رد صدقة حملت من خراسان إلى الشام إلى مكانها.

قال ابن المنير: اختار البخاري جواز نقل الزكاة من بلد المال لعموم قوله ﷺ: «فترد إلى فقرائهم» لأن الضمير يعود على المسلمين، فأي فقير منهم ردت فيه الصدقة في أي جهة كان فقد وافق عموم الحديث وقال الحافظ ابن حجر في الفتح، والذي يتبادر إلى الذهن من هذا الحديث وهو حديث ابن عباس قال رسول الله ﷺ لمعاذ بن جبل حين بعثه إلى اليمن. الخ. وقد تقدم عدم النقل، وأن الضمير يعود على المخاطبين فيختص بذلك فقراؤهم، لكن رجح ابن دقيق العيد وقال: إنه وإن لم يكن الأظهر إلا أنه يقويه أن أعيان الأشخاص المخاطبين في قواعد الشرع الكلية لا تعتبر، فلا تعتبر كما لا يعتبر في الصلاة فلا يختص بهم الحكم وإن اختص بهم خطاب المواجهة. (شرح السنة ٦/ ٤٧٢ ـ ٤٧٣، فتح الباري ٣/ ٤١٨ ـ ٤١٩ تابع حديث (١٤٩٦).

(٢) حديث معاذ أنه قال لأهل اليمن: أيتوني بكل خميس ولبيس آخذه منكم مكان الصدقة، فإنه أرفق بكم، وأنفع للمهاجرين والأنصار بالمدينة، البيهقي من رواية إبراهيم بن ميسرة عن طاوس عن معاذ، وهو منقطع، وعلقه البخاري، وقال الإسماعيلي هو مرسل لا حجة فيه، وقد قال فيه بعضهم من الجزية مكان الصدقة (تنبيه) قوله: خميس قال أبو عبيد في غريبه: المراد به الثوب الذي طوله خمسة أذرع، كأنه عنى الصغير من الثياب، وقيل هو منسوب إلى خميس مالك، كان أمر بعمل تلك الثياب باليمن، وقال المحب الطبري: روى بدل خميس: خميص بالصاد، فإن صح فهو تذكير خميصة. قاله الحافظ.

(٣) تقدم.

كل بلدة يمتدُّ إلى ما فيها من الأموال، فالنقل يوحشُهم، واختلفت طرق الأصحاب في موضع القولَيْن من وجهين:

أحدهما: ذهب ذاهبون إلى أن القولين في أنه، هل يجوز النقل؟ وفي أنه إذا نَقَلَ، هل يسقط الفَرْض؟ وقيل: لا خلافَ في أنه لا يجوز النقل، والقولان في أنه لو نقل، هلْ يسقط الفرض؟ ففي قول: لا يسقط؛ لأن النقل منهيٌّ عنه.

وفي آخر: يسقطُ بعود المنفعة إلى الفقراء.

وقيل: لا خلاف في أنه لو نقل يسقط الفرض، والقولان في أنه هَلْ يجوز النقل؟ فهذه ثلاثةُ طرقٍ:

وأصحُّهما: عند الأئمة أوسطُها.

والثاني: قال قائلون: القولانِ فيما إذا نقل إِلَىٰ مسافة القصر فما فوقها، فأما إذا نقل إلى [ما] دون مسافة القصر، فلا بأس كما لو نقل في البلد الكبير من مَحَلَّة إِلَىٰ مَحَلَّة، وطرد آخرون الخلاف[1]، وهو الصحيح.

وليعلم قوله في الكتاب: «الجواز لعُمُومِ الآية» بالميم والألف.

وقوله: «المنع» بالحاء؛ لما ذكرنا.

وقوله: «لمذْهَبِ مُعَاذٍ» ـ رضي الله عنه ـ لم يرد به حديثَ بعثه إِلَىٰ اليمن؛ لأنه قال في «الوسيط»: لمذهب معاذ ولقوله ﷺ: «أَخْبِرْهُمْ أَنَّ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ. . .» الخَبَرَ، وكأنه أراد أنَّ معاذاً ـ رضي الله عنه ـ صار إلى منع النقل؛ لما رُوِيَ أن النبي ﷺ قال: «مَنِ انْتَقَلَ مِنْ مِخْلاَفِ عَشِيرَتِهِ إِلَىٰ غَيْرِ مِخْلاَفِ عَشِيرَتِهِ، فَصَدَقَتُهُ وعشرة في مِخْلاَفِ عَشِيرَتِهِ»[2] وأراد ما إذا انتقل عنه، وترك ماله فيه، والأقوال الثلاثةُ علَىٰ ما نظمها تتولد من الطرق المذكورة من قَبْل.

ثم في الفَصْلِ صورتان:

إحداهما: إذا أوصى للفقراء والمساكينِ وسائرِ الأصنافِ، هل يجوز نقله إلى بَلَد آخر؟ فيه طريقانِ، شرَحْنَاهما في «باب الوصية»:

أحدهما: أنه على الخلاف في «الزكاة»، وهذا ما حكاه ها هنا.

والثاني: ترتيب الوصية على الزكاةِ، والوصيةُ أولَىٰ بالجوازِ، وهذا ما ذكره هناك، ولو لم يذكر الصورةَ إلاَّ في موضع واحد، وجمع فيه بين الجوابين، كان أحسن،

---

(١) قال النووي: وإذا منعنا النقل، ولم نعتبر مسافة القصر، فسواء نقل إلى قرية بقرب البلد، أم بعيدة. صرح به صاحب «العدة» وهو ظاهر.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور بإسناد متصل صحيح إلى طاوس، قال في كتاب معاذ فذكره.

وألحَقَ بالوصية الكفاراتِ والنذورَ، والظاهرُ فيهما جميعاً جوازُ النقل؛ لأن الأطماع لا تمتدُّ إليها امتدادَهَا إلى الزكاة.

الثانية: [صدقة الفطر كسائر الزكوات في جواز النقْل، ومنعه، وكذلك في وجوب][١] استيعابِ الأصنافِ الثمانيةِ، فإن شقت القسمة جمع جماعة فطرتَهُمْ، ثم قسموها، وقال الإِصطخريُّ: «يجوز صرفُها إِلَىٰ ثلاثةٍ من الفقراء»، ويروى من الفقراء والمساكين، ويروى من أي صنف اتفق، ورأيت بخط الفقيه أبي بكرِ بْنِ بدران الحلوانيِّ؛ أنه سمع أبا إسحاق الشِّيرازيَّ يقول في اختياره ورأيه: «يجوز صرفُهَا إِلَىٰ النَّفسِ الواحدة»[٢].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: ثُمَّ النَّظَرُ إِلَىٰ المَالِ وَقْتَ حَوَلاَنِ الحَوْلِ فَتُفَرَّقُ الصَّدَقَةُ عِنْدَهُ، وَفِي صَدَقَةِ الفِطْرِ يُنْظَرُ إِلَىٰ مَوْضِعِ المَالِكِ عَلَىٰ أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ، وَأَهْلُ الخِيَامِ إِنْ كَانُوا مُجْتَازِينَ فَمُسْتَحِقُّ صَدَقَتِهِمْ مَنْ هُوَ مَعَهُمْ، فَإِنْ لَمْ يَجِدُوا مُسْتَحِقّاً فَيَنْقُلُونَ إِلَىٰ أَقْرَبِ بَلَدٍ إِلَيْهِمْ عِنْدَ تَمَامِ الحَوْلِ، وَإِنْ كَانُوا نَازِلِينَ فِي الخِيَامِ فَيَجُوزُ النَّقْلُ إِلَىٰ مَا دُونَ مَسَافَةِ القَصْرِ، إلاَّ إِذَا كَانَتِ الحِلَّةُ مُنْقَطِعَةً عَنِ الحِلَّةِ، فَقَدْ قِيلَ: كُلُّ حِلَّةٍ كَقَرْيَةٍ فَلاَ يَجُوزُ النَّقْلُ، وَقِيلَ: الضَّبْطُ بِمَسَافَةِ القَصْرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في الفصْلِ فرعانِ من فروع منع النقْلِ:

أحدهما: لو كان المالُ ببلدٍ، والمالكُ ببلدٍ آخر، فالنظر إلى بلد المال[٣]؛ لأنه سبب الوجوب، ونظر المستحقِّين إليه يمتدُّ، فيصرف العشرِ إلى فقراء بلد الأَرض الَّتي حصل منها المعشر، وزكاة النقدين والمواشِي وأموالِ التجارةِ إِلَىٰ فقراء البلد الذي تم فيه حولها، فإن كان المال عند تمام الحولِ في باديةٍ، صُرِفَ إِلَىٰ فقراء البلاد إليه[٤]، ولو كان ماله في مواضعَ متفرِّقة، قسم زكاة كل طائفة من ماله ببلدها، ما لم يقع تشقيصٌ، فإن وقع كما لو ملك أربعين من الغنم؛ عشرين ببلد، وعشرين بآخر، فأدى

---

(١) سقط في: ز.

(٢) قال النووي: اتفق أصحابنا المتأخرون أو جماهيرهم: على أن مذهب الاصطخري، جوار الصرف إلى ثلاثة من المساكين أو الفقراء. قال أكثرهم: وكذلك يجوز عنده الصرف إلى ثلاثة من أي صنف كان. وصرح المحاملي والمتولي: بأنه لا يجوز عنده الصرف إلى غير المساكين والفقراء. قال المتولي: ولا يسقط الفرض، واختار الروياني في «الحلية» صرفها إلى ثلاثة. وحكى اختياره عن جماعة من أصحابنا. والله أعلم.

(٣) وفي زكاة الفطر ببلد المؤدّي عنه اعتبار السبب الوجوب أيضاً كما سيجيء في كلام المصنف.

(٤) قال النووي: ولو كان تاجراً مسافراً، صرفها حيث حال الحول.

شاةً في أحد البلدين، فعن نص الشافعيِّ - رضي الله عنه - أنه قال: «كَرِهْتُهُ، وَأَجْزَأَهُ».

قال أبو حفصِ بْنُ الوكيل - رحمه الله -: هذا جوابٌ على جواز نقل الصدقة، وإلا فيؤدي في كل بلد نصْفُ شاة، والظاهرُ جوازه على القولَيْن، وعلَّلوه بمعنيين:

أحدهما: أن له في كلِّ بلدة مالاً، فيخرج فيما شاء منهما.

والثاني: أنَّ الواجبَ شاةٌ، فلا شِقْص، ويتفرع عليهما ما لو ملك مائةً ببلد آخر، فعلى الأول: له إخراجُ شاتين في أيهما شاء، وعلى الثاني: لا يجزئه ذلك، وهو الأصحُّ، وفي صدقة الفطر لو كان الشخصُ ببلد، والمال بآخر، فوجهان:

أحدهما: أن الاعتبار ببلد المال لأنها تؤدي بالمال.

وأصحُّهما: الاعتبارُ ببلد[1] المالك، لأن الوجوب بسببه؛ فإنها صدقة البدن.

والثاني: أرباب الأموال صنفان:

أحدهما: المقيمون في بلدةٍ أو قريةٍ أو موضعٍ من الباديةِ، لا يظعنون [عنه][2] شتاءً ولا صيفاً إلاَّ لحاجة، فعليهم صرف صدقاتهِم إلَىٰ من في ذلك الموضع من الأصناف لا يخرجُونَها عنه، ويستوي فيه المقيمون والغُرَبَاء.

والثاني: أهل الخيام الذي ينتقلُونَ من بقعة إلى بقعة، فينظر إنْ لم يكن لهم قرارٌ، بل كانوا يطوفون في البلادَ أبداً، فيصرفون صدقتهم إلى من معهم من الأصناف، فإن لم يكن معهم مستحق، نقلوه إلى أقرب البلاد إليهم عند تمام الحَوْل، وهؤلاءِ هم الذين أرادهم صاحب الكتاب بقوله: «إنْ كانُوا مجتازين» وإن كان لهم موضعٌ يسكنونه وربَّما ارتحلُوا عنه منتجعين، ثم عادُوا إليه، فإن لم يتميَّز البعضُ عن البعْضِ، ولم ينفردُوا بماءٍ ومرعًى، فيصرفون صدقتهم إلَىٰ من هو فيما دون مسافة القَصْر من موضع المال، فإنهم جميعاً حاضرون عنده، ولهذا عَدَدْنَا مَنْ كان فيما دون مسافة القصر من حاضري المَسْجد الحرام، والصرف من هؤلاء إلى اللذين يظْعَنُون بظَعَنِهِمْ، ويقيمون بإقامتهم أَولَىٰ؛ لأنهم آكَدُ جواراً، وإن تميَّزت الْحِلَّة عن الْحِلَّة، وانفردتْ بالماء والمرعَىٰ على عادة قبائل العرب، فوجهان:

أحدهما: جوازُ الصَّرْف إلَىٰ من هو في مسافة القَصْر، كما في الصورة الأُولَىٰ.

---

(١) قال النووي: ولو كان له من تلزمه فطرته وهو ببلد، فالظاهر أن الاعتبار ببلد المؤدي عنه. وقال في «البيان»: الذي يقتضي المذهب، أنه ينبي على الوجهين في أنها تجب على المؤدِّي ابتداء، أم على المؤدي عنه فتصرف في بلد من تجب عليه ابتداء. والله أعلم.

(٢) سقط في: ز.

والأقيس: أنَّ كل حِلَّة كقرية [فلا] يجوز النقلُ عنها.

فرع: حيث يجوز النقلُ أو يجبُ، فالمؤنة على ربِّ[(١)] المال، ويمكن أن يخرج فيه الخلافُ المذكورة في أجرة الكَيَّال.

واعلم أن الخلاف في جواز النقل وتفريعه ظاهر فيما إذا فرق رب المال الزكاة، أما إذا فرق الإمام، فربما اقتضى كلام الأصحاب فيه طَرْدَ الخلاف فيه، وربما دلَّ على أنه: يجوز له النقل والتفرقة كيف شاء، وهذا أشبه[(٢)]، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الخَامِسَةُ يَجُوزُ لِلمَالِكِ تَوَلِّي الصَّرْفِ (ح م) بِنَفْسِهِ، وَلاَ يَجِبُ التَّسْلِيمُ إِلَىٰ الإِمَامِ، وَفِي المَالِ الظَّاهِرِ قَوْلٌ قَدِيمٌ؛ أَنَّهُ يَجِبُ، وَأَمَّا الأَفْضَلُ فَفِيهِ قَوْلاَنِ، إِلاَّ إِذَا كَانَ الإِمَامُ جَائِراً فَالأَوْلَىٰ التَّوَلِّي بِنَفْسِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد مرَّت المسألة مشروحةً في «باب الزكاة»، والذي لا بدَّ من ذكره ها هنا معاداً وغير معادٍ؛ أنَّ قوله: «يجوز للمالِكِ تولِّي الصرْفِ بنَفْسِهِ» يصحُّ إعلامه بالحاء والميم؛ لأنه أراد التجويز في الأموال الباطنة والظاهرة جميعاً؛ ألا تراه قال عَقِيبَه: «وفي المالِ الظاهرِ قولٌ قديمٌ»، وقد حكينا هناك عن مذهبهما المنعُ في الأموال الظاهرة.

وقوله: «وأما الأفضل، ففيه قولان: المشهورُ في المسألة وجهان، ويخصَّص الخلاف بالأموال الباطنةِ، كما بينا في الزكاة.

وقوله: «إذا كان الإمامُ جائراً» مُعْلَمٌ بالواو لما تقدَّم وجهه.

ولو طلب الإمام زكاةَ الأموالِ الظاهرة، وجب التسليم إليه بلا خلاف بذلاً للطاعة، فإن امتنعوا، قاتلهم الإمام، ونقل الماورديُّ عن أبي حنيفة ـ رحمهما الله ـ المنع من قتالهم، إذا أجابوا إلى إخراجها بأنفسهم، فإن لم يطلب الإمام، ولم يأت الساعِي، فيؤخرون المال، ما دام يرْجُو مجيء الساعي، فإذا أيس، فقد ذكرنا في «الزكاة»؛ أنه يفرِّق بنفسه، وهو نصُّ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ نعم، من الأصحاب من قال: هذا جوابٌ على أن له أن يفرِّق زكاة الأموال الظاهرة بنفسه، ومنهم من قال: هذا

---

(١) نعم إن قبضة الساعي من المالك مؤنة النقل من مال الزكاة. (قاله الأذرعي).

(٢) قال النووي: قد قال صاحب «التهذيب» والأصحاب: يجب على الساعي نقل الصدقة إلى الإمام إذا لم يأذن له في تفريقها، وهذا نقل. والله أعلم. وقال في شرح المهذب: الأصح الذي تقتضيه الأحاديث جواز النقل للإمام والساعي. وقال الأذرعي إنه الصواب الذي دلت عليه الأخبار وسيرة الخلفاء الراشدين رضي الله تعالى عنهم.

جوابٌ على القولين؛ صيانةً لحق المستحِقّين عن التأخير والتفويت، ثم إذا فرق بنفسه، وجاء الساعي مطالباً، فيصدَّق رب المال بيمينه، واليمينُ واجبة أو مستحبة فيه وجهان؛ فإن قلنا: واجبة فنكل، أخذت الزكاة منه؛ لأنَّها كانتْ واجبةً عليه، والأصل بقاؤها، لا بالنكول، وأما الأموالُ الباطنة.

قال أقضى القضاة الماورديُّ ـ رحمه الله ـ: ليس للولاة نظرٌ في زكاتها، وأربابُها أحقُّ بها، فإن بذلُوها طوعاً، قَبِلَها الوالي، وكان عوناً لهم في تفريقها، وإن عرف الإمامُ من رجل أنَّه لا يؤدِّيها بنفسه، هل أن يقول له: إما أن تدفع بنفسك، أو تدفع إليَّ؛ حتى أوصل؟ فيه وجهان في بعض الشروح، ويجريان في المطالبة بالنُّذور والكفارات.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: ثُمَّ الإِمَامُ إِذا نَصَّبَ سَاعِياً، فَلْيَكُنْ جَامِعاً شَرَائِطَ الوِلاَيَةِ، وَمِنْ شَرَائِطِهِ أَنْ يَكُونَ فَقِيهاً بِأَبْوَابِ الزَّكَاةِ وَلْيُعَلِّمَ السَّاعِي فِي السَّنَةِ شَهْراً يأْخُذُ فِيهِ صَدَقَةَ الأَمْوَال، وَلْيُسَمِّ الصَّدَقَاتِ وَيَكْتُبْ عَلَيْهَا لِلَّهِ، وَعَلَىٰ نَعَمِ الفَيْءِ صِغَاراً لِيَتَمَيَّزَ أَحَدَ المَالَيْنِ عَنِ الآخَرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه ثلاثُ مسائلَ:

إحداها: من نصبه الإمام ساعياً، فيشترط أن يكون مسلماً مكلَّفاً عدلاً حرّاً؛ لأنه نوع ولاية وتصرُّف في مال الغير، ويشترط أن يكون فقيهاً بأبواب الزكاة، يعرف ما يأخذ، ومن يدفع إليه، هذا إذا كان التفويض[1] عامّاً، أمَّا إذا عين الإمامُ شيئاً يأخذه، لم يعتبر الفقه[2]؛ قال الماورديُّ: «وكذا لا يعتبر الإسلامُ والحرية[3]؛ لأنه رسالةٌ ولا ولايةٌ»، وهل يجوز أنْ يكون العاملُ هاشميّاً أو من المرتزقة؟ فيه خلافٌ سبق، وفي «الأحكام السلطانية» للماورديِّ ـ رحمه الله ـ؛ أنه يجوز أن يفوِّض إلَىٰ من تَحْرُمُ عليه الصدقة من ذوي القربَى، لكن يكون رزقه من سهم المصالح [وإن قال الأخذ وحْدَهُ أو القسمةَ وحدها، لم يتولَّ، إلا ما قلد، فإن] أطلق التقليد، تولي الأمرين، وأنه إذا كان العامل جائزاً في أخذ الصدقات، عادلاً في قسمتها، جاز كتمها عنه، وأجزأ دفعها إليه، وإن كان عادلاً في الأخذ جائراً في القسم، وجب كتمها عنه، فإن أخذها طوعاً أو كرهاً، لم تجزىء، وعلى أرباب الأموال إخراجُهَا بأنفسهم، وهذا خلافُ ما ذكره في «التهذيب» أنه إذا دفع إلى الإمام الجائرِ، سقط الفرض عنه، وإن لم يوصله إلى

---

(١) فيما تضمنته ولايته كما قيده الماوردي.

(٢) لأنه قطع باجتهاده بالتعيين.

(٣) قال النووي: عدم اشتراط الإسلام: فيه نظر والله أعلم.

هذا ومثل الساعي أعوان العامل من كتابة وحسابة وجباية ومستوفيه نبه على ذلك الماوردي في «الحاوي».

المستحِقِّين إلا أنْ يفرق بين الدَّفْع إلى الإمام، والدفع إلى العامل[١].

الثانية: سبق في الزكاة أنه يعلم في السنة شهرٌ يؤخذ فيه الصدقات، وذكر بعض المتأخرين: أن ذلك واجبٌ، وصرَّح صاحبُ الكتاب في «الزكاة»: بالاستحباب، وهو الوجه، ثم إِنه أضاف الإعلام ههنا، وقال في كتاب الزكاة: «إلى الساعي»، فقال ها هنا: «وليعلم السَّاعي» وقال هناك: «ويستحب للساعي أن يعلِّم الساعي في السنة شهراً ومنهم من نسبه إلى فعل الإمام والأمر فيه قريب، والإمام يعين الساعي، والسَّاعِي يعلِّم القَوْمَ».

الثالثة: وسم النَّعَم مباحٌ في الجملة، ورَسْمُ نَعَمِ الصدقة والفيء إِلَىٰ أن تفرّق مسنُونٌ؛ خلافاً لأبي حنيفةَ ـ رحمه الله ـ حيث كرهه.

لنا: ما روي عن أنس ـ رضي الله عنه ـ قال: «غَدَوْتُ إِلَىٰ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِعَبْدِ اللَّهِ ابْنِ أَبِي طَلْحَةَ لِيُحَنكَهُ، فَوَافَيْتُهُ [وَ] فِي يَدِهِ المَيْسَمَ يُسَمُ اِبِلَ الصَّدَقَةِ»[٢].

وفيه فائدةُ تميُّزِ هذه النَّعَمِ عن غَيْرِها، وأنْ يردَّها واجدُها، لو شردت وضلَّت وأن يَعْرِفها المتصدِّق، فلا يعودَ إليها؛ فإنه يكره أن يتصدَّق بشيء، ثم يشتريه، هكذا قاله الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ واعترض عليه بأنه وإن عرف أن صدقةٌ، [فلا يعرف أنه صدقته، والمكروه أنه يشتري ما يتصدق لا مطلق الصَّدَقَة، والجواب: أنه إذا عَرَفَ أنه صدقة][٣]، احترز؛ لئلا يقع في المكروه احتمالاً، وهذه فائدةٌ، ثم إنه إذا عرف أنه صدقةٌ، فقد يعرف أنه صدقته؛ لاختصاص التصدق بذلك النوْع به، وليكن الوسمُ علَىٰ موضع صلْب ظاهر، لا يكثر الشعْر عليه والأولى في الغنم الآذان، وفي الإبل والبقر: الأفخاذُ، ويكره الوسم على الوجْهِ[٤]، وقد ورد النهْيُ عنه في روايةِ جابر ـ رَضِيَ الله

---

(١) سقط في: ز. (٢) قال النووي: لا فرق والأصح الإجزاء فيهما والله أعلم.

(٣) متفق عليه.

(٤) قال النووي: هكذا قال صاحب «العدة» وغيره: أنه مكروه. وقال صاحب «التهذيب»: لا يجوز، وهو الأقوى ففي «صحيح مسلم» لعن الله فاعله، وهو دال على التحريم. والله أعلم.
لفظه من حديث جابر ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ مر عليه حمار قد وسم في وجهه فقال: لعن الله الذي وسمه.
(أخرجه مسلم ٣/ ١٦٧٣ في كتاب اللباس والزينة/ باب: النهي عن ضرب الحيوان في وجهه حديث (١٠٧/ ٢١١٧).
والوسم بالسين المهملة وهو الصحيح المعروف.
وقال بعضهم بالمهملة والمعجمة وبعضهم فرق فقال بالمهملة في الوجه وبالمعجمة في سائر الجسد. قال أهل اللغة الوسم أثر كية يقال بعير موسوم وقد وسمه يسمه وسماً وسمة والميسم الشيء الذي يوسم به (شرح صحيح مسلم للنووي) وقال الإسنوي ـ ونص عليه ـ أي على تحريم الوسم أيضاً في الأم.
=

عنه[(١)] - ويجعلُ ميسم الغنم أَلْطَفَ من ميسم البقر، وميسمُ البقر ألطفَ من ميسم الإبل؛ بحسب تفاوت جثتها، ويميز نعم المصدَّقة عن نعم الفيء، فيكتب على نعم الجزْيَة: «جزية أو صَغَارٌ»، وعلى نعم الصدقة «صَدَقَة أو زَكَاة أو لله تعالى». ونص الشافعيُّ - رضي الله عنه -: على سمة لله واستبعده بعْضُ مَنْ شرح هذا الكتاب؛ لأن الدوابَّ تَمَعَّك في النجَاسات، وتضرب أفخاذها بأذنابها وهي نجسة، فَلْيُنَزَّهْ اسم الله تعالَىٰ عنها، وقد رأيتُ هذا الاستبعادُ لبعض المتقدِّمين، مِمَّن شرح «المختصر»، وذكر إشكالاً آخر، وهو أن الوسْم تعذيبٌ للحيوان، والغرض منه التمييزُ، وأنه يحصلُ بحرف واحدٍ؛ فوجب أن يقنع به، ويجوز أن يجاب عن الأوَّل؛ بأنَّ إثبات اسم الله تعالَىٰ ها هنا لغرضِ التمييزِ والإعلامِ، لا على قصد الذِّكْر والتبرك، ويختلف التعظيم والاحترام بحسب اختلافِ المقصودِ؛ ألا ترى أن الجنب يحْرُمُ عليه قراءة القرآن، ولو أتى ببعض ألفاظه، لا على قصد القراءة لا يحرم.

وعن الثاني: بأن الغرض ظهوره وسهولةُ الوقوف عليه؛ وذلك لا يحصل بالحرف الواحد، وكما يجوز الوسْمُ للحاجة، يجوز أن يخصَىٰ ما يؤكلُ لحمه في الصغر؛ لأنه يؤثر في طيب اللحمِ، ولا يجوز في الكِبَر، ولا أن يخصَىٰ ما لا يؤكل لحمه[(٢)].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: السَّادِسَةُ صَدَقَةُ التَّطَوُّعِ غَيْرُ مُحَرَّمَةٍ عَلَىٰ الهَاشِمِيِّ، وَصَرْفُهَا سِرّاً وَإِلَىٰ الأَقَارِبِ وَالجِيرَانِ أفْضَلُ، وَٱلاسْتِحْبَابُ فِي شَهْرِ رَمَضَانَ آكَدُ، وَمَنِ ٱحْتَاجَ إِلَيهِ لِنَفَقَةِ عِيَالِهِ فَلاَ يُسْتَحَبُّ لَهُ التَّصَدُّقُ، فَإِنْ فَضَلَ عَنْ حَاجَتِهِ وَوَجَدَ مِن نَفْسِهِ مُنَّةَ الصَّبْرِ عَلَىٰ الإِضَافَةِ ٱسْتَحِبَّ لَهُ التَّصَدُّقُ بِالجَمِيعِ، وَإِلاَّ فَلاَ يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِجَمِيعِ مَالِهِ لِأَحَادِيثَ وَرَدَتْ فِي البَابِ ٱسْتَقْصَيْنَاهَا فِي البَسِيطِ وَالوَسِيطِ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ أَعْلَمُ.

تَمَّ رُبْعُ المُعَامَلاَتِ وَيَلِيهِ رُبْعُ المُنَاكَحَاتِ وَالحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ العَالَمِينَ والصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ عَلَىٰ سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ أَجْمَعِينَ.

= قال: والخبر عندنا يقتضي التحريم، فينبغي رفع الخلاف وحمل الكراهة على التحريم أو أن قائله لم يبلغه الحديث.

(١) أبو داود في التصريح بالنهي، وعنده وعند مسلم لعن من فعل ذلك من حديث جابر، ومسلم من حديث ابن عباس، وفي الباب عن طلحة والعباس ونقادة وجنادة وأبي سعيد وأبي هريرة وعبادة ابن الصامت وأنس.

(٢) ويحرم التهريش بين البهائم ويكره إنزاء الحمر على الخيل.

قال الدميري: وعكسه، وقال الأذرعي: والظاهر تحريم إنزاء الخيل على البقر لضعفها وتضررها بكبر آلة الخيل.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: صدقة التطوُّع مستحبةٌ؛ قال الله تعالَىٰ: **﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضاً حَسَناً﴾ [البقرة ـ ٢٤٥]** الآيةَ، وعن رسول الله ﷺ أنَّه قال: «لِيَتَصَدَّقِ الرَّجُلُ مِنْ دِينَارِهِ، وَلْيَتَصَدَّقْ مِنْ دِرْهَمِهِ وَلْيَتَصَدَّقْ مِنْ صَاعِ بُرِّهِ»(١)، وكان رسول الله ﷺ «يَمْتَنِعُ مِنْ قَبُولِ الصَّدَقَةِ»(٢) وهل كانت محرَّمة عليه؟ فيه قولان، حكاهما الشيخ أبو حامد والقفَّال:

أحدهما: لا؛ لأن الهديَّة لا تحرُمُ عليه، فكذلك الصدقة لذوي القربَىٰ، وكانَ امتناعه ترفُّعاً وتورعاً.

وأظهرهما: نعم؛ لقوله ﷺ: «إِنَّا أَهْلُ بَيْتٍ لاَ تَحِلُّ لَنَا الصَّدَقَةُ»(٣) وأما ذو القربَىٰ، فالمشهور أنه لا يحرم عليهم صدقةُ التطوُّع، روي عن جعفرِ بنِ محمَّدٍ عن أبيه ـ رضي الله عنهم ـ: «أَنَّه كَانَ يَشْرَبُ مِنْ سِقَايَاتٍ بِئْرِ مَكَّةَ وَالمَدِينَةِ، فَقِيلَ لَهُ: أَتَشْرَبُ مِنَ الصَّدَقَةِ؟ فَقَالَ: إِنَّمَا حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْنَا الصَّدَقَةَ المَفْرُوضَةَ»(٤).

وفي «التتمة» حكايةُ قول آخر: أنه يَحْرُمُ الصدقة عليهم؛ لظاهر قوله: «لا تَحِلُّ لَنَا الصَّدَقَةُ»، وتحل الصدقة للأغنياء والكفار، وصرفها سراً أفضلُ؛ قال الله تعالى: **﴿إِنْ تُبْدُوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ﴾ [البقرة ـ ٢٧١]** الآية.

وعن رسول الله ﷺ: «أَنَّ صَدَقَةَ السِّرِّ تُطْفِىءُ غَضَبَ الرَّبِّ»(٥) وصرفها إلى الجيران أفضلُ، وإلى كل من هو أقربُ جواراً أفضلُ؛ روي عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ: «أَنَّها قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ لِي جَارَيْنِ، فَإِلَىٰ أَيِّتهما أُهْدِي؟ فَقَالَ ﷺ: «إِلَىٰ

---

(١) رواه مسلم عن جرير بن عبد الله البجلي في حديث طويل، لكن لم يكرر قوله: ليتصدق.

(٢) متفق عليه من حديث أبي هريرة، والترمذي والنسائي عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده نحوه.

(٣) متفق عليه من حديث أبي هريرة من قصة الحسن.

(٤) رواه الشافعي عن إبراهيم بن محمد عنه، وأخرجه البيهقي من طريقه.

(٥) رواه الحاكم في المستدرك وكتاب الفضائل منه في ترجمة عبد الله بن جعفر بن أبي طالب، من رواية أبي جعفر محمد بن علي بن الحسين عنه، وإسناده ضعيف، وفي الباب عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده، رواه الطبراني وفي إسناده صدقة السين وهو ضعيف، وعن أبي أمامة فيه في أثناء حديث طويل، وعن أبي سعيد في الشعب للبيهقي وعليه الواقدي، وعن ابن عباس فيه واتهم أحد رواته، وعن أنس رواه الترمذي وابن حبان وصححاه بلفظ: إن الصدقة لتطفىء غضب الرب وتدفع ميتة السوء، وعنه ابن حبان في الضعفاء والعقيلي وابن طاهر وابن القطان، وعن ابن مسعود في مسند الشهاب للقضاعي، وفي إسناده من لا يعرف، ولفظه: صلة الرحم تزيد في العمر وصدقة السر تطفىء غضب الرب (تنبيه) الرافعي استدل به على أن صدقة السر أفضل من صدقة العلانية، وأولى منه حديث أبي هريرة المتفق عليه: سبعة يظلهم الله، وفيه: ورجل تصدق بصدقة فأخفاها.

أَقْرَبِهِمَا مِنْكِ بَاباً»[(١)]، وصرفها إلى الأقارب أفضلُ؛ قال ﷺ: «الصَّدَقَةُ عَلَىٰ الْمِسْكِينِ صَدَقَةٌ، وَعَلَىٰ ذِي الرَّحِمِ ثِنْتَانِ؛ صَدَقَةٌ، وَصِلَةٌ»[(٢)] وكذلك الصلةُ المفروضةُ، والكفارات، صرفها إلى الأقارب أولَىٰ، إذا كانوا بصفةِ الاسْتحقَاق، ولم يُلْزَمْ نفقتَهُم، والأَوْلَىٰ أنْ يبدأ بذي الرحِمِ المَحْرَم؛ كالإخوة، والأخوات، والأعمام، والأخوال؛ ويقدَّم منهم الأقرب فالأقربَ، وألحق بعضهم الزوجَ بهؤلاء، ثم يبدأ بذوي الرحِمِ غير المَحْرَم؛ كأولاد الأعمام والأخوال، ثم بالمُحَرَّم بالرِّضَاع، ثم بالمحرَّم بالمصاهرةَ، ثم بالمولَىٰ، قال في التتمة: «من الأعلَىٰ، وَمِنَ الأسفل» ثم بالجَار، وإذا كان في البلد أقاربُ وأجانبُ مستحِقُّون، فالأقاربُ أولَىٰ، وإن كان الأجانب [أقرب] دوراً وإن كان الأقاربُ خارجينَ من البلد، فإن منعنا نقل الصدقات، فالأجانب أولَىٰ، وإلاَّ فالأقاربُ الخارجون أولَىٰ، وكذا في أهلِ البادية، إذا اعتبرنا مسافة القصر، [إن كان الأجانب والأقارب دون مسافة القَصْر][(٣)]، فالأقارب أولَىٰ، وإن كانت دُورُهم أَبْعَدَ، وكذا لو كانوا جميعاً فوق مسافَةِ القَصْر، وإن كان الأجانبُ دون مسافة القَصْر، والأقارب فوقها، إن منعنا نقل الصدقات، فالأجانب أولَىٰ، وإلاَّ فالأقارب.

ويكره التصدُّق بالرديء، وبما فيه شبهة، وَاسْتِحْبَابُ التصدُّقِ في شهر رمضانَ آكد[(٤)]؛ كان رسول الله ﷺ يَتَصَدَّقُ فَأَجْوَدُ مَا يَكُونُ فِي شَهْرِ رَمَضَانَ[(٥)]، ومن له عيالٌ يلزمه نفقتهم، أو عليه دَيْن يحتاج إلى قضائه، فلا يستحبُّ له التصدُّقُ، وربما يقال: يُكْرَهُ إلى أن يؤدِّيَ ما عليه، وما فَضَلَ عن حاجته وحاجة عياله، هل يتصدَّق بجميعه؟ حكى أبو سعد المتولِّي فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا يكره له ذلك، بل يستحب؛ لأن الصِّدِّيقَ ـ رضي الله عنه ـ تصدَّقَ بجميعِ ماله، والنبيُّ ﷺ قبله منْهُ»[(٦)].

---

(١) رواه البخاري وأبو داود والبيهقي من حديث طلحة عنها.

(٢) رواه أحمد والنسائي والترمذي وابن ماجه وابن حبان والدارقطني والحاكم، من حديث سلمان الضبي، وفي الباب عن أبي طلحة وأبي أمامة رواهما الطبراني.

(٣) سقط في: ز.

(٤) قال النووي: وكذا عند الأمور المهمة، وعند الكسوف، والمرض، والسفر، وبمكة، والمدينة، وفي الغزو، والحج، والأوقات الفاضلة، كعشر ذي الحجة، وأيام العيد، ففي كل هذه المواضع هي آكد من غيرها، قال في «الحاوي»: ويستحب أن يوسِّع في رمضان على عياله، ويحسن إلى ذوي أرحامه وجيرانه، لا سيما في العشر الأواخر.

(٥) متفق عليه عن ابن عباس.

(٦) أبو داود والترمذي والحاكم والبزار، من حديث عمر: أمرنا رسول الله ﷺ أن نتصدق فوافق ذلك ما لا عندي، فقلت: اليوم أسبق أبا بكر، فجئت بنصف مالي، فقال رسول الله ﷺ: ما أبقيت=

والثاني: لا يستحبُّ؛ لما روي أنَّ رجلاً جاء إلَىٰ رسول الله ﷺ بِمِثْلِ الْبَيْضَةِ مِنَ الذَّهَبِ، وَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ خُذْهَا، فَهِيَ صَدَقَةٌ، وَمَا أَمْلِكُ غَيْرَهَا، فَأَعْرَضَ عَنْهُ رَسُول اللَّهِ ﷺ إِلَىٰ أَنْ أَعَادَ الْقَوْلَ عَلَيْهِ ثَلاثَ مَرَّاتٍ، ثُمَّ أَخَذَهَا، وَرَمَاهُ بِهَا رَمْيَةً، لَوْ أَصَابَتْهُ، لأَوْجَعَتْهُ، ثُمَّ قَالَ: يَأْتِي أَحَدُكُمْ بِمَا يَمْلِكُ، فَيَقُولُ: هَذِهِ صَدَقَةٌ، ثُمَّ يَقْعُدُ يَتَكَفَّفُ وُجُوهَ النَّاسِ، خَيْرُ الصَّدَقَةِ مَا كَانَ عَنْ ظَهْرِ غِنًى»[1].

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه إن كان المتصدِّق قوياً يجد من نفسه قوة الصبر على الإضافة، فيستحب له التصدُّق بالجميع، وإلاَّ لم يستحب[2]، بل

= لأهلك؟ فقلت. مثله، فأتى أبو بكر بكل ماله ـ الحديث ـ صححه الترمذي والحاكم، وقواه البزار، وضعفه ابن حزم بهشام بن سعد، وهو صدوق.

(١) رواه أبو داود وابن حبان والحاكم من حديث جابر.

(٢) قال النووي: هذه العبارة موافقة لعبارة الماوردي، والغزالي، والمتولي، وآخرين. وقال القاضي أبو الطيب، وأصحاب «الشامل» و«المهذب» و«التهذيب» و«البيان» والدارمي، والروياني في «الحلية» وآخرون: لا يجوز أن يتصدق بما يحتاج إليه لنفقته أو نفقة عياله، وهذا أصح في نفقة عياله، والأول أصح في نفقة نفسه. وأما الدَّين، فالمختار أنه إن غلب على ظنه حصول وفائه من جهة أخرى، فلا بأس بالتصدق، وإلا، فلا يحلُّ.

واعلم أنه بقي من الباب مسائل كثيرة.

منها، قال أبو علي الطبري: يقصد بصدقته من أقاربه أشدهم له عداوة، ليتألَّف قلبه، ولما فيه من سقوط الرياء وكسر النفس. ويستحب للغني التنزُّه عنها، ويكره له التعرض لأخذها. قال في «البيان»: ولا يحل للغني أخذ صدقة التطوع مظهراً للفاقة. وهذا الذي قاله حسن، وعليه حمل قول النبي ﷺ في الذي مات من أهل الصُفَّة، فوجدوا له دينارين، فقال: «كيتان من نار». فأما إذا سأل الصدقة، فقال صاحب «الحاوي» وغيره: إن كان محتاجاً، لم يحرم السؤال، وإن كان غنياً بمال أو بصنعه، فسؤاله حرام، وما يأخذه حرام عليه. هذا لفظ صاحب «الحاوي». ولنا وجه ضعيف، ذكره صاحب الكتاب وغيره في كتاب النفقات: أنه لا يحرم. قال أصحابنا وغيرهم: ينبغي أن لا يمتنع من الصدقة بالقليل احتقاراً له. قال الله تعالى: ﴿**فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره**﴾ [الزلزال ـ ٧] وفي الحديث الصحيح: «اتقوا النار ولو بشق تمرة» ويستحب أن يخص بصدقته أهل الخير والمحتاجين. وجاءت أحاديث كثيرة بالحث على الصدقة بالماء. ومن دفع إلى غلامه أو ولده ونحوهما شيئاً ليعطيه لسائل، لم يزل ملكه. حتى يقبضه السائل، فإن لم يتفق دفعه إلى ذلك السائل، استحب له أن لا يعود فيه، بل يتصدق به، ومن تصدق بشيء، كره له أن يتملكه من جهة من دفعه بمعاوضة أو هبة. ولا بأس بملكه منه بالإرث، ولا بتملكه من غيره. وينبغي أن يدفع الصدقة بطيب نفس وبشاشة وجه، ويحرم المنّ بها، وإذا من، بطل ثوابها. ويستحب أن يتصدق مما يحبه. قال صاحب «المعاياة»: لو نذر صوماً أو صلاة في وقت بعينه، لم يجز فعله قبله، ولو نذر التصدق في وقت بعينه، جاز التصدق قبله، كما لو عجل الزكاة.

ومما يحتاج إليه، مسائل ذكرها الغزالي في «الإحياء».

منها: اختلف السلف في أن المحتاج، هل الأفضل له، أن يأخذ من الزكاة أو صدقة التطوع؟ =

يستبقي لنفسه ما يتعلل به؛ وعلى ذلك تُحْمَلُ الأحاديث المختلفة ظواهرها في الباب والله أعلم.

وقد نجز الفراغ بعون الله تعالى من شرح ما تضمَّنه الكتاب ونردفه بمسائلَ مِنْ قسْم الصَّدَقات متفرِّقة ينبغِي للإمام والسَّاعِي وكلِّ من يفوَّض إِليه أمرُ تفريقِ الصدقاتِ أن يعتنِيَ بضبطِ المستحِقِّين، وبمعرفة أعدادِهِمْ، وأقدار حاجاتهم؛ بحيث يقع الفراغ من جميع الصدقات بَعْدَ معرفة أحوالِهِمْ أو معها؛ ليتعجل حقوقهم، وليأمن هلاك المال عنده.

وينبغي أنْ يبدأ في القسمة بالعللين؛ لأن استحقاقهم أقوى، فإنهم يأخذون على وجه العوض، وأيضاً، فليتبين أن سهمه يوافق أجرته أم لا، ولا يجوز للإمام ولا للساعي أنْ يبيع ما يجتمع من مالِ الزكاةِ عنده، بل يوصِّلها بحالها إلى المستحِقِّين، إلا إذا وقعت ضرورةٌ؛ بأنْ أشرفَ المواشِي على الهلاك، أو كان في الطريق خطراً أو احتاج إلَىٰ رد جبران أو إلى مؤنة النقل، فيبيع حينئذٍ، وإذا وجبتْ ناقةٌ أو بقرةٌ أو شاةٌ، فليس للمالك أن يبيع، ويقسم الثمن، بل يجمعهم ويدفع إليهم، والإمامُ أيضاً هكذا يفعل في جواب الأكثرين، وفي التهذيب؛ أنَّ الإمام إنْ رأى، فَعَلَ ذلك، وإن رأَىٰ أنْ يبيع، باع وفرَّق الثمن عليهم[1].

وإذا دفع الزكاة إلى من ظنه بصفة الاستحقاق، فَبَانَ غنياً أو من ذوي القربَىٰ، أو عبداً أو كافراً، فالفرض ساقطٌ عن المالك بالدفْعِ إلى الإِمام الَّذي هو نائب المستحِقِّين، ولا يجب الضمان على الإِمَام فيما إِذا بان غنيّاً؛ لأنه لا تقصير منه ويستردّ من المدفوع إليه، سواءٌ أعلمه أنه زكاة أم لا، فإن كان قد تلف غرمه، وصرف الغرم إلى المستحِقِّين، وفي سائر الصور المذكورة قولان:

أصحُّهما: أنه لا يضمن أيضاً، كما لو بان الغِنَىٰ.

= فكان الجنيد، والخواص، وجماعة يقولون: الأخذ من الصدقة أفضل، لئلا يضيِّق على الأصناف، ولئلا يخل بشرط من شروط الأخذ. وأما الصدقة، فأمرها هيِّن. وقال آخرون: الزكاة أفضل، لأنه إعانة على واجب، ولو ترك أهل الزكاة كلُّهم أخذها، أثِموا، ولأن الزكاة لا منَّة فيها. قال الغزالي: والصواب: أنه يختلف بالأشخاص، فإن عرض له شبهة في استحقاقه، لم يأخذ الزكاة، وإن قطع باستحقاقه، نظر، إن كان المتصدق إن لم يأخذ هذا، لا يتصدق، فليأخذ الصدقة، فإن إخراج الزكاة لا بد منه، وإن كان لا بد من إخراج تلك الصدقة ولم يضيق بالزكاة، تخيَّر. وأخذ الزكاة أشد في كسر النفس. وذكر أيضاً اختلاف الناس في إخفاء أخذ الصدقة وإظهاره، أيهما أفضل؟ وفي كل واحد فضيلة ومفسدة. ثم قال: وعلى الجملة الأخذ في الملأ، وترك الأخذ في الخلاء، أحسن. والله أعلم.

(١) قال النووي: وإذا باع في الموضع الذي لا يجوز، فالبيع باطل، ويسترد المبيع، فإن تلف، ضمنه. والله أعلم.

والثاني: يضمن، والفرق أنَّ الغِنَىٰ مما يخفَىٰ، ويعسر الوقوف على حقيقته، وسائر الصفات يمكن الوقوف عليها، فكان مقصِّراً بترك البحث، ولأن سائر الصفات أشدُّ منافاةً للزكاة من الغِنَىٰ؛ لأن الكافر والعبد والهاشِميَّ لا يعطَوْنَ بحال، والغَنِيُّ يعطي بالغزْوِ وغيره، ومنهم من قطع بالقول الأول، وحكى الحَنَّاطيُّ قطع آخرين بالثاني، ولو دفع المالك بنفسه، ثم بان أن المدفوع إليه كافر أو عبد أو من ذوي القربى، لم يسقط[١] الفرض.

وفيه وجه ضعيف، وإنْ بَانَ غنياً، فقولان:

أحدها: وبه قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: يسقط؛ لأن الغِنَىٰ لا يتحقَّق، فيتعذَّر؛ كما لو دفع للإمام.

وأصحهما: المنع؛ لأنه دفع ما عليه من الحق إلَىٰ غير مستحِقِّه، فيضمن؛ كالدَّيْن يدفعه إلى غير مستحِقِّه، وليس كالإمام، فإنه نائب الفقراء وأمينُهم.

وأيضاً: فالمالك بسبيل من أنْ يدفعه إلى الإمام، فتبرأ ذمته بِيقينٍ، والإمامُ بخلافه، وإذا لم يسقطِ الفرضُ، فإن كان قد ذكر أن المدفوع زكاةٌ، استرد إن كان باقياً، وغرِّم المدفوعُ إليه، إن كان هالكاً، ويتعلَّق بذمة العبد، إن بأن المدفوعُ إليه عبداً، وإن لم يذكر أنه زكاة، لم يستردَّ، ولا غرم، بخلافِ الإمام يستردُّ مطلقاً؛ لأن ما يفرقه الإمام يستردُّ مطلقاً؛ لأن ما يفرِّقه الإمام على الأصناف هو الزكاةُ غالباً، وغيره قد يتطوَّع بالصدقة، وهكذا فرَّقوا بينهما، والحكم في الكفارة إذا بَانَ المدفوعُ إليه غير مستحِقٍّ؛ كما في الزكاة.

ومتَىٰ يستحق أهلُ السُّهْمان الزكاةَ قال الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ: «يستحقُّون يوم القسمة إلا العامل، فإنه يستحقُّ بالعمل»، وذكر في موضع آخر؛ «أنهم يستحِقُّون يوم الوجوب»، قال الأصحاب: وليس في المسألةِ اختلافُ قولٍ، لكن النصَّ الثاني محمولٌ على ما إذا لم يكنْ في البلد إلا ثلاثةٌ أو أقلُّ، ومنعنا نقل الصدقة، فيستحقُّون يوم الوجوب؛ حتى لو مات واحدٌ منهم، دفع نصيبه إلى ورثته، وإن غاب، أو أيسر، فحقه بحاله، وإن قدم غريبٌ، لم يشاركهم، والنصُّ الأول محمولٌ على ما إذا لم يكونوا محصورِينَ في ثلاثة، أو كانوا محصُورِينَ، وجوَّزنا نقْلَ الصدقات، فيستحقُّون بالقسمة حتَّى لا حقَّ لمن مات، أو غاب، أو، أيسر بعْدَ الوجوب، وقبل الْقِسْمَة، وإن قدم غريبٌ، شاركهم.

---

(١) قال النووي: ولو دفع سهم المؤلفة، أو الغازي إليه، فبان المدفوع إليه امرأة، فهو كما لو بان عبداً. والله أعلم.

وفي «فتاوى القفال ـ رحمه الله ـ: «أن الإمام لو لم يفرق ما اجتمع عنده من الزكَوَاتِ من غَيْرِ عُذْر، حتى تلف، ضمن والوكيل بالتفريق لو أَخَّرَ حتَّى تلف، لم يضمن؛ لأن الوكيل لا يجبُ عليه التفريقُ، بخلاف الإمام[1]، وأنه لو كانت له حنطةٌ عند غيره وديعة، فقال للمودَع: كُلْ منها كذا لنَفْسِكَ، ونوى كونه زكاةً، ففيه وجهان؛ لأن المالك لم يَكِلْهُ عليه، وَكَيْلُهُ لنفْسِه لا يُعْتَبَرَ، ولو كان قد وكَّلَه بشراءِ ذلك القَدْر، فاشترى، وقبض، ثم قال له المُوَكِّل: خذ لنفسِك، ونوى كونه زكاةً، جاز؛ لأنه لا يحتاج أن يكيل لنفسه، وأنه لو كان له دَيْنٌ على غيره، فقال للمدْيُون: [اقض ما عليك على أنْ أردَّه إليك عن زَكَاتِي، فقضاه، صحَّ القضَاءُ، ولو لم][2] يلزمه ردَّه إليه، ولو دفع إلى المديون دراهمَ زكاتِهِ علَىٰ أن يردَّها إليه قضاءً لدينه، لم يَجْزِه عن الزكاة، ولم يصحَّ قضاء الدَّين بها، وكذلك ذَكَر هذه الصورة «صاحب التهذيب» ـ رحمه الله ـ في «باب الشرْطِ في المَهْر» قال: «ولو قال المديونُ: ادفع، ديناراً من الزكاة، حتى أقضِيَ به دَينَكَ، ففعل، جاز عن الزكاة»، وهو بالخيار في أداء الدَّين منه، وفي «البحر» للقاضي الرويانيِّ: «أنه لو دفع الزكاة إلَىٰ مسكينٍ واعده أن يردَّها إليه بالبيع أو الهبة، أو ليصرفَهَا المزكي في كسوة المسكين ومصالحه[3]، ففي كونه قَبْضاً صحيحاً احتمالان لأن التخليةَ لم تحصُلْ على التمام، وأنه لو دفع الزكاة إلى مسكين، وهو غير عارف بالمدفوع؛ بأن كان مشدُوداً في خرقةٍ أو كاغدٍ، لا يعرف جنسه وقدْرَه، فتلف في يد المسكين، ففي سقوط الزكاة احتمالانِ[4]، لأن معرفة القابض لا تشترط، فكذلك معرفة

---

(١) قال النووي: قال أصحابنا: لو جمع الساعي الزكاة، فتلفت في يده قبل أن تصل إلى الإمام، استحق أجرته من بيت المال. والله أعلم.

(٢) سقط في: ز.

(٣) قال النووي: الأرجح: السقوط. وبقيت من الباب مسائل تقدمت في باب أداء الزكاة وغيره. وبقيت مسائل، لم يذكرها الإمام الرافعي هنا.

منها: قال الصيمري: كان الشافعي في القديم، يسمي ما يؤخذ من الماشية صدقة، ومن النقدين زكاة، ومن المعشرات عشراً فقط. ثم رجع عنه وقال: يسمى الجميع زكاة وصدقة.

ومنها: الاختلاف. قال أصحابنا: اختلاف رب المال والساعي على ضربين. أحدهما: أن يكون دعوى رب المال لا تخالف الظاهر، والثاني: تخالفه. وفي الضربين، إذا اتهمه الساعي، حلفه، واليمين في الضرب الأول مستحبة بلا خلاف. فإن امتنع عن اليمين، ترك ولا شيء عليه.

وأما الضرب الثاني: فاليمين فيه مستحبة أيضاً على الأصح، وعلى الثاني: واجبة، فإن قلنا: مستحبة، فامتنع، فلا شيء عليه، وإلا أخذت منه لا بالنكول، بل بالسبب السابق. فمن الصور التي لا يكون قوله فيها مخالفاً للظاهر، أن يقول: لم يحُل الحول بعدُ.

ومنها: أن يقول الساعي: كانت ماشيتك نصاباً ثم توالدت، فيضم الأولاد إلى الأمهات، ويقول رب المال: لم تكن نصاباً، وإنما تمت نصاباً بالأولاد، فابتدأ الحول من حين التولد. =

الدافع، وذكر الإمام ـ رحمه الله ـ في «النهاية»؛ أنه لو أقام مدَّعي الغُرْم بينةً، على الغُرْم وأخذ الزكاة، ثم بَانَ كذب الشهود، ففي سقوط القرض القولانِ فيما إذا دفع الزكاةَ إلَىٰ من ظنه فقيراً، فَبَانَ غناه، وفي فتاوى صاحب «التهذِيب»: أنه لو استقرضَ المكاتَبُ وأدَّى النجوم، فعَتَقَ، لم يُصْرَفْ إليه سهْمُ الرقاب، ولكن يصرف إليهم سهْمُ الغارمين؛ كما لو قال لعبده: أنتَ حُرٌّ على ألفٍ، فقبل، عَتَقَ، ويعطي الألف من سَهْم الغارمين.

والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

وهذا آخر ربع المعاملات

من شرح الوجيز

يتلوه ولله المشيئة في الذي يليه كتاب النكاح والحمد

لله أولاً وأخيراً وظاهراً وباطناً حمداً كثيراً طيباً

مباركاً، صلَّى الله على سيدنا محمد خاتم النبيين،

وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين، وسلَّم تسليماً

كثيراً كثيراً، وحسبُنا اللَّه ونِعْم الوكيل

= ومنها: أن يقول الساعي: هذه السخال توالدت من نفس النصاب قبل الحول، فقال: بل بعد الحول، أو من غير النصاب. ومن الصور التي تخالف فيها الظاهر، أن يقول الساعي: مضى عليك حول، فقال المالك: كنت بعته في أثناء الحول، ثم اشتريته، أو قال: أخرجت زكاته، وقلنا: يجوز أن يفرق بنفسه. وقد سقت هذه المسألة في باب أداء الزكاة، ولو قال: هذا المال وديعة، فقال الساعي: بل ملكك، فوجهان. أصحهما: أنه مخالف للظاهر، وبه قطع الأكثرون، والثاني: لا.

ومنها: الأفضل في الزكاة إظهار إخراجها، ليراه غيره، فيعمل عمله ولئلا يُساء الظن به.

ومنها: قال الغزالي في «الإحياء»: يَسأل الآخذُ دافعَ الزكاة عن قدرها، فيأخذ بعض الثُمن، وبحيث يبقى من الثُمن ما يدفعه إلى اثنين من صنفه. فإن دفع إليه الثُمن بكماله، لم يحل له الأخذ. قال: وهذا السؤال واجب في أكثر الناس، فإنهم لا يراعون هذا، إما لجهل، وإما لتساهل، وإنما يجوز ترك السؤال عن مثل هذا، إذا لم يغلب على الظن احتمال التحريم. والله أعلم.

(١) في ب: والنظر في خمسة أقسام وكان الفراغ فيه في يوم الخميس السادس والعشرين جمادى الأخرى من سنة ٦٧٣ رحمه الله كاتبه ومالكه وقارئه والحمد لله وحده وصلاته على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

(٢) في ز:

[وكل هذا الجزء على يد فقير رحمة ربه على غنيم الطريري البساتني غفر الله له ولوالديه وذريته وللمسلمين، ولمن دعا لهم بالمغفرة آمين، في اليوم المبارك السادس عشر من شوال المبارك، سنة تسعمائة ـ بتقديم التاء المثناة من فوق على السِّين، اللهم صلِّ على نبينا محمَّد وعلى صحبه وسلم، وحسبنا الله ونعم الوكيل].

يتلوه كتاب النكاح.

كِتَابُ النِّكَاحِ[1]

وَالنَّظَرُ فِي خَمْسَةِ أَقْسَام: (القِسْمُ الأَوَّلُ: فِي المُقَدِّمَاتِ) وَهِيَ خَمْسٌ: (الأُولَىٰ) خَصَائِصُ رَسُولِ اللَّهِ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ، وَقَدْ خُصَّ مِنَ الوَاجِبَاتِ بِالضُّحَىٰ، وَالأَضْحَىٰ (و)، وَالوَتْرِ (ح)، وَالتَّهَجُّدِ (و)، وَالسِّوَاكِ (ح).

قال الرَّافِعِيُّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ: الأَصْلُ في النِّكَاحِ بَعْدَ إِجْمَاعِ أَهْلِ المِلَلِ قَوْلُهُ تَعَالَىٰ:

---

(١) النكاح في اللغة. الضم والتداخل ومنه نكحت البر في الأرض إذا حرثتها وبذرته فيها. ونكح المطر الأرض إذا خلط ثراها. ونكحت الحصى أخفاق الإبل إذا دخلت فيها. ويكون التداخل حسياً كما ذكر ومعتق معنوياً كنكح النعاس العين.

ويطلق في اللغة على الوطء حقيقة وعلى العقد مجازاً. قال المطرزي والأزهري هو الوطء حقيقة. ومنه قول الفرزدق: [البسيط]

إِذَا سَقَى ٱللَّهُ قَوْماً صَوْبَ غَادِيَةٍ ... فَلاَ سَقَى ٱللَّهُ أَرْضَ الْكُوفَةِ المَطَرَا

ٱلتَّارِكِينَ عَلَى طُهْرٍ نِسَاءَهُمُو ... وَالنَّاكِحِينَ بِشَطَّيْ دِجْلَةِ البَقَرَا

وهو مجاز في العقد لأن العقد فيه ضم والنكاح هو الضم حقيقة. قال الشاعر: [الطويل]

ضَمَمْتُ إِلَى صَدْرِي مُعَطَّرَ صَدْرِهَا ... كَمَا نَكَحَتْ أُمُّ الْغُلاَمِ حَبِيبَهَا

أي كما ضمت أو لأنه سببه فجازت الاستعارة لذلك.

وقيل إنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء. وقيل هو مشترك بين العقد والوطء اشتراكاً لفظياً ويتعين المقصود بالقرائن فإذا قالوا نكح فلان بنت فلان أو أخته أرادوا تزوجها وعقد عليها وإذا قالوا نكح امرأته أو زوجته لم يريدوا إلا الوطء لأن بذكر المرأة أو الزوجة يستغنى عن العقد ومن هنا نشأ الاختلاف بين الفقهاء هل النكاح حقيقة في الوطء والعقد أو هو حقيقة في أحدهما مجاز في الآخر فذهب جماعة إلى القول بأن لفظ النكاح مشترك بين الوطء والعقد فيكون حقيقة فيهما. ودليلهم على هذا أنه شاع الاستعمال في الوطء تارة وفي العقد تارة أخرى بدون قرنية، والأصل في كل ما استعمل في شيء أن يكون حقيقة فيه إما بالوضع الأصلي أو يعرف الاستعمال. فالقول بالمجازية فيهما أو في أحدهما خلاف الأصل.

وقد قال بعض الحنابلة الأشبه بأصلنا أن النكاح حقيقة في الوطء والعقد جميعاً لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج لدخولها في قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾. =

. . . .

= وذهب الشافعية والمالكية وجمهور الفقهاء إلى القول بأن النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء.
وذهب الحنفية إلى العكس.
والقول بأن النكاح حقيقة في أحدهما مجاز في الآخر أولى من الذهاب إلى الاشتراك اللفظي، وذلك لما هو متقرر في كتب الأصول من أنه إذا دار لفظ بين الاشتراك والمجاز فالمجاز أولى لأنه أبلغ وأغلب. والمشترك يخل بالأفهام عند خفاء القرنية عند من لا يجيز حمله على معانيه بخلاف المجاز فإنه عند خفاء القرنية يحمل على الحقيقة. فكونه حقيقة في أحدهما مجازاً في الآخر أولى.
ثم الظاهر مذهب الجمهور القائل بأن النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء وذلك.
أولاً: لكثرة استعمال لفظ النكاح بإزاء العقد في الكتاب والسنّة حتى قيل إنه لم يرد في القرآن إلا للعقد. ولا يرد قول الله تعالى: **﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾** لأن شرط الوطء في التحليل إنما ثبت بالسنّة وذلك للحديث المتفق عليه في قصة امرأة رفاعة لما بت طلاقها وتزوجها عبد الرحمن بن الزبير فقال لها رسول الله ﷺ: «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك» فيكون معنى قوله تعالى: **﴿حتى تنكح﴾** حتى تتزوج ويعقد عليها. وقد بينت السنّة أنه لا بدّ مع العقد من ذوق العسيلة.
وثانيا: إنه يصح نفي النكاح عن الوطء فيقال هذا الوطء ليس نكاحاً ولو كان النكاح حقيقة في الوطء لما صح نفيه عنه.
وتظهر ثمرة الخلاف بين الحنفية والجمهور في حرمة موطوءة الأب من الزنا. فلما كان النكاح عند الحنفية حقيقة في الوطء الشامل للوطء الحلال والحرام قالوا بحرمة موطوءة الأب من الزنا.
ولما كان عند الجمهور حقيقة في العقد قالوا لا تحرم موطوءة الأب من الزنا عرفه الشافعية بقولهم. عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ الأنكاح والتزويج وما اشتق منهما ـ فقولهم: «عقد» جنس في التعريف. وقولهم: «يتضمن إباحة وطء» خرج به ما لا يتضمن إباحة الوطء كالإجارة وغيرها. وقولهم: «بلفظ الإنكاح والتزويج» خرج به ما لم يكن بهذا اللفظ كالهبة والتمليك وعرفه العلامة الدردير رحمه الله في «أقرب المسالك» حيث قال: هو عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة.
فالعقد مصدر عقد أي تمسك وتوثق. والمراد به هنا ارتباط أحد الكلامين بالآخر أي ارتباط كلام الزوج بكلام ولي الزوجة على وجه يسمى باعتباره عقداً شرعياً يستعقب أحكامه. وقوله: «عقد» جنس في التعريف يشمل النكاح وغيره من العقود. وقوله: «لحل تمتع» الخ. علة باعثة على العقد، وهو فصل مخرج لكل عقد ليس لذلك، ومنه شراء الأمة للتلذذ بها إذ ليس الأصل فيه حل التمتع بخصوصه بل الانتفاع العام وملك الرقبة وخرج بقوله: «غير محرم ومجوسية وأمة كتابية» المحرم بنسب أو رضاع أو صهر والمجوسيات والأيماء الكتابيات. فلا يصح العقد على واحدة منهن ولا يقال إن هذا التعريف غير مانع لأنه يدخل فيه الملاعنة والمبتوتة والمعتدة من الغير والمحرمة بحج أو عمرة، لأنه قصد بما ذكره إخراج من قام به مانع أصلي، وأما الملاعنة وما عطف عليها فمانعهن عرضي طارىء بعد الحل بخلاف المحرم والمجوسية والأمة الكتابية.
فإن مانعهن ذاتي لا عرضي وقوله: «بصيغة» متعلق بقعد وهو من تمام التعريف لأن الصيغة أحد=

﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣] وقولهُ تعالَىٰ: ﴿وَأَنكِحُوا الأَيَامَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: ٣٢] ونحو هذا من من الآيات، ومَا رُوِيَ عن النبيِّ ـ ﷺ ـ أنَّه قَالَ: «تَنَاكَحُوا تَكْثُرُوا»(١)، وَقَالَ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «النِّكَاحُ سُنَّتِي، فَمَنْ رَغِبَ عَنْ

= أركان النكاح وقد عرفه الكمال بن الهمام من الحنفية بقوله. عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصداً فقوله: «عقد» جنس في التعريف يشمل سائر العقود. وقوله: «ومنع لتملك المتعة بالأنثى» يخرج به العقد على المنافع كالإجارة وعلى الذوات كالبيع والهبة. والمراد ومنع الشارع لا وضع المتعاقدين. وقوله: «قصداً» يحترز به عن عقد تملك به المتعة ضمناً كما في البيع والهبة لأن المقصود فيهما ملك الرقبة، ويدخل ملك المتعة فيهما ضمناً إذا لم يوجد ما يمنعه.
وعرفه الحنابلة بأنه: عقد التزويج فهو حقيقة في العقد مجاز في الوطء على الصحيح.
ينظر الصحاح ١/ ٤١٣، لسان العرب ٢/ ٦٢٥، المصباح المنير ٢/ ٩٦٥، القاموس المحيط ١/ ٢٦٣، معجم مقاييس اللغة ٥/ ٥، المطلع ٣١٨.
وينظر تبيين الحقائق ٢/ ٩٤، بدائع الصنائع ٣/ ١٣٢٤، مغني المحتاج ٣/ ١٢٣، منح الجليل ٢/ ٣، الفواكه الدواني ٢/ ٢١، الكافي ٢/ ٥١٩، الإنصاف ٨/ ٤.
والحكمة في تشريع النكاح.
إن إرادة الله اقتضت أن يكون النوع الإنساني خليقته في الأرض لإصلاحها ولإقامة الشرائع فيها وهذه الأغراض التي أحبها الله وأحب أن تكون لا يمكن أن تتحقق إلا إذا ثبتت على أسس متينة ودعائم قوية ثابتة ألا وهي النكاح، فإن النسل يمكن أن يوجد بمجرد اجتماع الرجل بالمرأة بأي طريقة كانت. ولكن مثل هذا النسل لا يمكن أن يكون صالحاً لإصلاح الأرض وعمارتها فإن النسل الصالح لا يوجد إلا بالنكاح.
أقف إلى ذلك أن النكاح يكسب الرجل أولاداً إذا قام بتعليمهم وتربيتهم كانوا له قرة عين في حياته، وذكراً حسناً بعد وفاته، فالأولاد هم مشقة النفس وزينة الحياة قال الله تعالى في كتابه العزيز: ﴿المَالُ والبنون زِينَةُ الحَياةِ الدُّنيَا﴾ فإذا مات الرجل فقد خلف من بعده من يحمل اسمه ويدعو له بخير، ولذلك جاء في الخبر «إِذَا مَاتَ ابنُ آدَمَ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلاَّ مِنْ ثَلاَثٍ» وَذَكَرَ مِنْهَا الولد الصالح. ثُمَّ إن النِّكَاحَ هو الوسيلة التي تجمع بين الرجل والمرأة، فيكون ذلك سبباً لاستكمال النقص الذي يوجد عند المرأة، إذْ مَنِ الْمَقرر في أن المرأة ضعيفةٌ لا يمكن أن تتحمل ما يتحمله الرجل من الأعمال الشاقة، فهي في حاجة إلى رجل يعينها على كسب عيشها ويعمل على صيانتها من التهتك والابتذال، كما أن الرَّجُلَ في حاجة إلى امرأة تعمل على صيانة ماله وتدبير أمور منزله وتفرج عنه متاعب الحياة. ولا يكون ذلك إلاّ من امرأة تربطه بها صلة النكاح القوية التي سمَّاهَا اللَّهُ تَعَالى في كتابه العزيز ميثاقاً غليظاً حيث قال ﴿وَأَخَذْنَ مِنكُم مِيثَاقاً غَلِيظاً﴾.
وزيادة على ذلك فَإِنَّ النكاحَ وسيلةٌ إلى ارتباط الأُسَرِ واتِّحَادِها وإزالة ما بينها من أسباب العداوة والبغضاء، فكم من أسرتين كانت العداوة قائمة بينهما، ثم بفضل الزواج انقلبت تلك العداوة إلى محبة، فالنكاح ليس صلة بين الزوجين فحسب بل هو صلة من الزوجين إلى أسرتيهما ومعارفهما فيكون ذلك حلقة واسعة في اتحاد الأمة ولذلك نجد الله تعالى يمتن على عباده بالزواج فيقول ﴿ومن آياته أن خَلَقَ لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة﴾....

(١) أخرجه صاحب مسند الفردوس من طريق محمد بن الحارث عن محمد بن عبد الرحمن البيلماني=

سُنَّتِي، فَلَيْسَ مِنِّي»(١)، ونحوهما من ٱلأَخْبَارِ.

= عن أبيه، عن ابن عمر قال: قال: رسول الله ﷺ: حجوا تستغنوا، وسافروا تصحوا، وتناكحوا تكثروا، فإني أباهي بكم الأمم، والمحمدان ضعيفان، وذكر البيهقي عن الشافعي أنه ذكره بلاغاً، وزاد في آخره: حتى بالسقط، وفي الباب عن أبي أمامة أخرجه البيهقي [٨٧/٧] بلفظ: تزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم، ولا تكونوا كرهبانية النصارى، وفيه محمد بن ثابت وهو ضعيف، وعن أنس صححه ابن حبان بلفظ: تزوجوا الولود الودود، فإني مكاثر بكم الأنبياء يوم القيامة، وعن حرملة بن النعمان أخرجه الدارقطني في المؤتلف وابن قانع في الصحابة بلفظ: امرأة ولود أحب إلى الله من امرأة حسناء لا تلد، إني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة، وفي مسند ابن مسعود من علل الدارقطني نحوه، وعن عياض بن غنم أخرجه الحاكم بلفظ: لا تزوجن عاقراً ولا عجوزاً، فإني مكاثر بكم، وإسناده ضعيف.

(١) أخرجه ابن ماجة [١٨٤٦] عن عائشة أن النبي ﷺ قال: النكاح من سنتي، فمن لم يعمل بسنتي فليس مني، وتزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم، ومن كان ذا طول فلينكح، ومن لم يجد فعليه بالصوم فإن الصوم وجاء له، وفي إسناده عيسى بن ميمون وهو ضعيف، وفي الصحيحين البخاري [٥٠٦٣] سلم [١٤٠١] حديث أنس في ضمن الحديث: لكني أصوم وأفطر، وأصلي وأنام، وأتزوج، فمن رغب عن سنتي فليس مني قوله: ونحوهما من الأخبار، فمنها عن سعيد بن جبير قال: قال لي ابن عباس: تزوجت؟ قلت: لا، قال: تزوج، فإن خير هذه الأمة كان أكثرهم نساء - يعني النبي ﷺ - رواه البخاري، وعن عمرو بن العاص مرفوعاً، الدنيا متاع، وخير متاعها المرأة الصالحة، رواه مسلم، وعن أنس مرفوعاً: حبب إلى من الدنيا النساء، والطيب، وجعل قرة عيني في الصلاة، رواه النسائي وإسناده حسن. وورواه الطبراني وزاد في أوله: إنما، وقد اشتهر على الألسنة بزيادة، ثلاث، وشرحه الإمام أبو بكر بن فورك في جزء مفرد على ذلك، وكذلك ذكره الغزالي في الإحياء، ولم نجد لفظ ثلاث في شيء من طرقه المسندة، وعن أبي أيوب مرفوعاً، أربع من سنن المرسلين، فذكر منها النكاح، رواه الترمذي وقد تقدم في الطهارة، وعن الحسن عن سمرة: أن النبي ﷺ نهى عن التبتل، رواه الترمذي وابن ماجه، وعن عائشة مثله رواه الترمذي والنسائي، وعنها مرفوعاً: تزوجوا النساء فإنهن يأتينكم بالمال، رواه الحاكم موصولاً من طريق سلم بن جنادة، وقال: إنه تفرد بوصله، وأخرجه أبو داود في المراسيل في ذكر عائشة، ورجحه الدارقطني على الموصول، وعن أبي هريرة رفعه: ثلاثة حق على الله إعانتهم: المجاهد في سبيل الله، والناكح يريد أن يستعف. والمكاتب يريد الأداء، رواه النسائي والترمذي والدارقطني وصححه الحاكم، وعن أنس رفعه: من رزقه الله امرأة صالحة فقد أعانه على شطر دينه، فليتقِ الله في الشطر الثاني، رواه الحاكم وسنده ضعيف، وعنه رفعه: من تزوج امرأة فقد أعطي نصف العبادة، إسناده ضعيف فيه زيد العمي، وعن ابن عباس رفعه: ألا أخبركم بخير ما يكنز: المرأة الصالحة إذا نظر عليها سرته، وإذا غاب عنها حفظته، وإذا أمرها أطاعته، رواه أبو داود والحاكم، وعن ثوبان نحوه رواه الترمذي والروياني ورجاله ثقات، إلا أن فيه انقطاعاً، وعن أبي نجيح رفعه: من كان موسراً فلم ينكح فليس منا، رواه البغوي في معجم الصحابة والبيهقي، وقال: هو مرسل، وكذا جزم به أبو داود والدولابي وغيرهما، وعن ابن عباس رفعه، ولم ير للمتحابين مثل التزويج، رواه ابن ماجه والحاكم، وعنه لا ضرورة في الإسلام، رواه أحمد وأبو داود والحاكم والطبراني، =

وَفِقْهُ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - في الكتابِ مُفْتَتَح من «الْمُخْتَصَرِ» بذكر خَصَائِصِ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي النِّكَاحِ، وأضيف إليه خصائصه في سَائِرِ الأُمُورِ.

وَسَبَبُ تَخْصِيصِ النِّكَاح بذكرها أَنَّ خصائصه في النِّكَاحِ أكثر، وأشهر، ثم هو مُثَنًّى بباب «التَّرْغِيبِ فِي النِّكَاحِ»، وطَرَفٍ من أحكام النَّظَرِ، الذي هو من مقدِّمات النِّكَاحِ، ثم للنِّكَاح أَرْكَانٌ، لا بُدَّ من اجتماعها، وموانع لاَ بُدَّ من ارتفاعها، ليصحَّ، وإذا صَحَّ، فقد يعرض ما يوجب الخِيَارَ، وقد لا يعرضُ، فَرَتَّبَ الْمُصَنِّفُ - رَحِمَهُ اللَّهُ - مَسَائِلَ الكتاب علَىٰ خَمْسَةِ أَقْسَامٍ.

أَحَدُهَا: فِي قَوَاعِدَ تجري مجرى المقدِّمَات.

وثانيها: في الأَرْكَان.

وثالثها: في المَوَانِعِ.

ورابعُها: فِي مُوجِبَاتِ الْخِيَارِ.

وأما الخامسُ: فهو مَعْقُودٌ لبيان فُصُولٍ تَنْخَرِطُ في الباب سُبُبَتْ عن الأقسام الأربعة.

القسمُ الأَوَّل: في المقدِّمَاتِ: منها بَيَانُ خَصَائِصِ رسولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - في النِّكَاحِ وغيره.

قال الأَئِمَةُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَىٰ -: وهي تتنوع أَرْبَعَةَ أَنْوَاعٍ:

أحدها: ما اخْتَصَّ به ﷺ من الواجبات، والحكمة فيه زيادةُ الزُّلْفَىٰ في الدرجات، فلم يتقرَّبِ المتقربُونَ إلى اللَّه بمثل أداء ما افْتُرِضَ عَلَيْهِمْ[1].

= وهو من رواه عطاء عن عكرمة عنه، ولم يقع منسوباً، في رواية الطبراني: ابن أبي الخوار وهو موثق. قاله الحافظ في التلخيص.

(١) قال النووي: قال إمام الحرمين هنا: قال بعض أصحابنا الفريضة يزيد ثوابها على ثواب النافلة بسبعين درجة، واستأنسوا فيه بحديث والله أعلم.

قال في الخادم المراد يزيد أداء ثواب الفريضة على أداء مثلها نافلة بسبعين درجة كما قاله الروياني في البحر ثم قال وتمسكوا بما رواه سلمان الفارسي أن رسول الله ﷺ قال في شهر رمضان من تقرب فيه بخصلة من خصال الخير كان كمن أدى فريضة فيما سواه ومن أدى فريضة فيه كان كمن أدى سبعين فريضة فيما سواه فقابل النفل فيه بالفرض في غيره وقابل الفرض فيه بسبعين فرضاً في غيره فأشعر هذا بأن الفرض يزيد على النفل بسبعين من طريق الفحوى - انتهى. والحديث رواه ابن خزيمة في صحيحه والبيهقي في شعب الإيمان - انتهى ما أردته منه.

قال العلامة الحافظ ابن حجر هذا الحديث ضعيف - أخرجه ابن خزيمة قال ولهذا قال النووي واستأنسوا.

فمنها: صَلاةُ الضُّحَىٰ(١). رُوِيَ عنْ رَسُول الله ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ أَنَّه قال: «ثَلاثٌ كُتِبَتْ عَلَيَّ، وَلَمْ تُكْتَبْ عَلَيْكُمْ: السِّوَاكُ، وَالْوَتْرُ، وَالْأُضْحِيَةُ»(٢) وفي «الجُرْجَانِيَّاتِ» لأبي العبَّاسِ الرُّويَانِيِّ وجهٌ آخَرُ: أنها لم تكن واجبةً عليه.

ومنها: الوِتْرُ والتهجُّد(٣).

---

(١) أي على الصحيح كما سيذكره في آخر كلامه قال الشيخ البلقيني لم تكن الضحى واجبة عليه خلافاً لما جزموا به ففي صحيح مسلم عن عبد الله بن شقيق قال قلت لعائشة رضي الله عنها: أكان النبي ﷺ يصلي الضحى قالت لا إلا أن يجيء من مَغِيبه وذكر أحاديث كثيرة في ذلك واستدل الرافعي للوجوب بحديث كُتِبَ عليّ ركعتا الضحى وهما لكم سنة قال الحافظ ابن حجر رواه أحمد وأبو يعلى من حديث إسرائيل عن جابر عن عكرمة عن ابن عباس بلفظ أمرت بركعتي الضحى ولم تؤمروا بها وأمرت بالأضحى ولم يكتب عليكم وإسناده ضعيف من أجل جابر الجعفي ثم رواه من طرق كثيرة وضعفها وقال فتلخص ضعف الحديث من جميع طرقه إلى آخر ما ذكره قال في الخادم إذا قلنا بالوجوب فهل كان من الواجب عليه أقل الضحى أو أكثرها أو أدنى كمالها لم يتعرضوا له نعم في رواية أحمد في مسنده وأمرت بركعتي الضحى ولم تؤمروا بها.

(٢) قال الحافظ: لم أجده هكذا.

(٣) استدل لهذا بما روي عن عائشة أن النبي ﷺ قال: ثلاث هن علي فريضة ولكم سنّة الوتر والسواك وقيام الليل، أما احتجاجه بالآية فسبقه إليه البيهقي، ووجهه أن النافلة لغة الزيادة، وظاهر الأمر بالتهجد الوجوب، قال إمام الحرمين: فإن قيل النافلة هي السنّة، قلنا: بل النافلة هنا هي الزيادة، وقد قيل ما يزيده العبد من تطوعاته، يجبر به نقصان مفروضاته، وصلاته ﷺ معصومة، فكان تهجده زائداً على مفروضاته، وهكذا قال البغوي في تفسيره نحوه، لكن يتعقب ذلك بأن مقتضاه أن الرواتب التي واظب عليها كانت واجبة في حقه، ولا قائل بذلك، وحكى النووي في زياداته عن الشيخ أبي حامد: أن الشافعي نص على أنه نسخ وجوبه في حقه، كما نسخ في حق غيره، قال: وهذا هو الأصح أو الصحيح، وفي صحيح مسلم ما يدل عليه، انتهى وسيأتي قريباً وأما الحديث الذي احتجوا به فهو ضعيف جداً، لأنه من رواية موسى بن عبد الرحمن الصنعاني عن هشام عن أبيه عن عائشة مثله، أخرجه الطبراني في الأوسط والبيهقي [٧/ ٣٩]، وقد قال الطبراني: إن موسى تفرد به، وأشار النووي إلى ما أخرجه مسلم في قصة قيام الليل، فصار قيام الليل تطوعاً بعد فرضه، وفي سياقه أيضاً دلالة على أنه حين وجب لم يكن من خصائصه، واستدل غيره على عدم الوجوب أيضاً بحديث جابر الطويل في مسلم في صفة الحج ففيه: ثم أتى المزدلفة فصلى بها المغرب والعشاء بأذان وإقامتين، ولم يسبح بينهما شيئاً، ثم اضطجع حتى طلع الفجر، فصلى حين تيسر له الصبح، وقد نص الشافعي في الأم على أن السنّة ترك التنفل بعد العشاء للبائت بمزدلفة، وصرح به الماوردي وغيره، واستدل أيضاً بأنه كان يصلي التطوع في الليل على الراحلة في السفر، ويصليه في الحضر جالساً، وقد استدل الشافعي على عدم وجوب الوتر عليه بذلك، وقيل كان ذلك واجباً عليه في حال الحضر، وفي حال عدم المشقة، وهذا يحتاج إلى نقل خاص، وإن كان الحليمي وابن عبد السلام والغزالي قد صرحوا بأن الوتر كان واجباً عليه في الحضر دون السفر، وذكر النووي في شرح المهذب بأن من خصائصه فعل هذا الواجب، من الوتر والتهجد على الراحلة. قاله الحافظ.

قال اللَّهُ تعالى: ﴿وَمِنَ اللَّيْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ نَافِلَةً لَكَ﴾ [الإسراء: ٧٩] أي: زيادةً على الفرائض. وعن عائشةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ـ عَنِ النَّبِيِّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ أَنَّهُ قَالَ: «ثَلاَثٌ هُنَّ عَلَيَّ فَرِيضَةٌ، وَهُنَّ لَكُمْ سُنَّةٌ: الْوِتْرُ، والسِّوَاكُ، وَقِيَامُ اللَّيْلِ»[١].

وفي قيام اللَّيل وجهٌ: آخرُ أنه نُسِخَ وجوبُهُ في حقِّهِ، كما في حقِّ الأُمَّةِ، وهذا ما أورده الشيخُ أبو حامدٍ، وفي الوَتْرِ، أيضاً وجهٌ حكاه أبو العباس الرُّويَانيُّ: أنه لم يَكُنْ واجباً عليه. واعلم أن مُقْتَضَى الخبرِ الَّذي نقلناه عن رواية عائشةَ ـ رضي اللَّهُ عنها ـ، وكلامِ الأئمةِ هنا أنَّ الوترَ غيرُ التهجد[٢] المأمور به، وذلك يخالِفُ ما مَرَّ في «باب صلاةَ التَّطَوُّعِ» أنه يُشْبِه أن يكون الوتر هو التهجُّدَ، ويعتضد به الوجه المذكور هناك عن رواية القاضي الرُّويَانيِّ، وكأنَّ التغايُرَ أظْهَرُ.

ومنها: السِّوَاكُ. كانَ وَاجِباً عَلَيْهِ؛ للخبرِ، وفيه وَجْهٌ آخَرُ: أنه كان مُسْتَحَبّاً[٣]، كما في حقِّ الأُمَّةِ. وليعلَم من لفظ الكِتَاب: «الأَضْحَىٰ» «والوِتْر»، و «التهجد»، و«السِّوَاك»: أربعتها، بالواو، لما ذكرنا.

---

(١) تقدم.

(٢) قال النووي جمهور الأصحاب، على أن التهجد كان واجباً عليه ﷺ قال القفال: وهو أن يصلي في الليل وإن قلّ.

وحكى الشيخ أبو حامد: أن الشافعي رحمه الله نص على أنه نسخ وجوبه في حقه ﷺ، كما نسخ في حق غيره، وهذا هو الأصح أو الصحيح. وفي «صحيح مسلم» عن عائشة رضي الله عنها ما يدل عليه. والله أعلم.

ما رجحه النووي هنا من أن الوتر غير التهجد هو المعتمد لأن قيام الليل يصح بنية مطلقة والوتر لا يصح إلا بنية معينة وقدم المصنف في باب صلاة التطوع أن الصحيح المنصوص عليه في الأم والمختصر أن الوتر يسمى تهجداً. وقيل الوتر غير التهجد فاضطرب الترجيح وقول الشيخ وفي صحيح مسلم عن عائشة رضي الله عنها ما يدل عليه قال الشيخ البلقيني في صحيح مسلم شيئان يدلان عليه أحدهما أخرجه مسلم في باب أوله حديث إذا سكت المؤذن لصلاة الصبح فقال فيه بسنده إلى عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ لم يمت حتى كان كثير من صلاته وهو جالس وبعده عنها، قال لما بدن رسول لله ﷺ وثقل عن أكثر صلاته جالساً وبعده، عن حفصة رضي الله عنها قالت ما رأيت رسول الله ﷺ في سبحته قاعداً أو كان يقرأ بالسورة فيرتلها حتى يكون أطول من أطول منها وبعده عنها بعام واحد أو اثنين وبعده، عن جابر بن سمرة أن النبي ﷺ لم يمت حتى صلى قاعداً والموضع الثاني بعد هذه الأحاديث بقرب ورقتين من حديث حكيم لما سأل عائشة عن خلق رسول الله ﷺ سألها عن قيام رسول الله ﷺ فقالت تقرأ ﴿يا أيها المزمل﴾ قلت بلى قالت فإن الله عزّ وجلّ افترض قيام الليل في هذه السنة فقام نبي الله ﷺ وأصحابه وأمسك الله خاتمتها اثني عشر شهراً في السماء حتى أنزل الله عزّ وجلّ التخفيف فصار قيام الليل تطوعاً بعد فريضته.

(٣) قال في الخادم هل المراد وجوبه في حقه ﷺ في الصلاة أو ما هو أعم من ذلك لم يتعرضوا له نعم في سنن أبي داود أنه عليه الصلاة والسلام أمر بالسواك لكل صلاة وسياق الحديث يخصه بالمفروضة.

ومما عُدَّ من مأموراته: المُشَاورة، كما قال الله تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ﴾ [آل عمران: ١٥٩]، وهَلْ كانَتْ واجبةً، أو مستحبةً؟ فيه وجهان:

أظهرهما: أولهما. وكان يَجِبُ عليه، إذا رأىٰ منكراً أن ينكر عليه، ويُغَيِّرَهُ؛ لأنّ اللَّهَ تعالى وعده بالعِصْمة، والحفْظ[١]. وكان يجبُ عليه مصابَرَةُ العَدُوِّ، وإن كثر عَدَدُهم، والأمة إنما يلزمها الثبات، إذا لم يزدْ عدد الكفار على الضِّعْف. وكان يجب عليه قضاء دَيْنِ مَنْ ماتَ من المسلمين مُعْسِراً. وحكَى الإِمَامُ وجهاً آخرَ: أنه لم يكُنْ واجباً علَيْه، وإنما كان يقضيه تكرُّماً، وهل كان على الأئمة قضاء دَيْنِ المُعْسِرِ من مال المصالح؟ فيه وجهانِ عن رواية الشيخ أبي علي[٢]. وقيل: كان يجبُ عليه، إذا رأىٰ شيئاً يعجبه أن يقول:

لَبَّيكَ إنَّ العَيْشَ عَيْشُ الآخِرَة. [و] هذا في غير النِّكاحِ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَتَخْيِيرِ نِسَائِهِ (و) بَيْنَ ٱخْتِيَارِ زِينَةِ الدُّنْيَا أَوِ ٱخْتِيَارِهِ، وَمَنِ ٱخْتَارَتْهُ هَلْ يَحْرُمُ طَلاَقُهَا؟ فِيهِ خِلاَفٌ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أمَّا في النِّكَاحِ، فقد أوجب اللَّهُ تعالىٰ عَلَىٰ رَسُولِهِ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ تخييرَ نِسَائِهِ بيْن مفارقته، واختيار زينة الحياة الدُّنْيَا[٣]، فَقَالَ تَعَالَىٰ: ﴿يَأَيُّهَا النَّبِيُّ

---

(١) قال النووي: قد يقال: هذا ليس من الخصائص، بل كلّ مكلف تمكّن من إزالته، لزمه تغييره، ويجاب عنه بأن المراد أنه لا يسقط عنه للخوف، فإنه معصوم، بخلاف غيره. والله أعلم.

يشير إلى الآية التي في المائدة، أو إلى ما رواه الترمذي عن عبد الله بن شقيق عن عائشة كان النبي ﷺ يحرس، حتى نزلت ﴿والله يعصمك من الناس﴾ فأخرج رأسه من القبة، فقال لهم: أيها الناس انصرفوا، فقد عصمني الله، واحتج البيهقي للمسألة مما في الصحيحين، عن عائشة ما خير رسول الله ﷺ بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً، فإذا كان إثماً كان أبعد الناس منه وما انتقم رسول الله لنفسه إلا أن تنتهك حرمة الله فينتقم لله.

(٢) سكت المصنف عن الترجيح قال في الخادم والراجح عدم وجوب القضاء قال الإمام إنه الأوجه إلى ما ذكره وقيد الإمام محل الوجهين بما إذا صدر منه مطل ظلم به ومات قال فأما إذا لم يملك في حياته ما يؤديه ولم ينسب إلى المطل والتسويف لم يقضِ دينه من بيت المال لأنه لقي الله تعالى ولا مظلمة عليه قال وحيث أوجبناه فشرطه اتساع المال وفضله عن مصالح الأحياء.

(٣) قال الحافظ: وجوب تخيير نسائه للآية، واختلف في سبب نزولها على أقوال، أحدها: ما سيذكره المصنف: من أن الله خيره بين الغناء والفقر، فاختار الفقر، فأمره الله بتخيير نسائه لتكون من اختارته منهن موافقة لاختياره، وهذا يعكر عليه أن الأكثر من أهل العلم بالمغازي أن إيلاءه من نسائه كان سنة تسع، وأن تخييرهن وقع بعد ذلك، وقد كان ﷺ في آخر عمره قد وسع له في العيش بالنسبة لما كان فيه قبل ذلك، قالت عائشة: ما شبعنا من التمر حتى فتحت خيبر، ثانيها: أنها تغايرن عليه فحلف أن لا يكلمهن شهراً، ثم أمر بأن يخيرهن حكاه الغزالى، ثالثها: أنهن=

قُلْ لأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً﴾ الآيَتَيْنِ [الأحزاب: ٢٨].

والمعنَىٰ فيه أنَّه ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ آثَرَ لنفسهِ الفَقْر، والصَّبْر عليه، فأمر بِتَخْيِيرِهِنَّ؛ كيلا يكون مُكْرِهاً لَهُنَّ على الضرَ والفقر. وحكى الحنَّاطِيُّ وجهاً: أن التخييرَ لم يَكُنْ واجباً عليه، وإنما كان مندوباً، والمشهورُ الأوَّلُ.

ثم إنَّ رسولَ اللَّهِ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ لما خَيَّرَهُنَّ، اخْتَرْنَهُ، والدَّار الآخِرَةَ، فَحَرَّمَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ ـ صَلَّى اللَّهِ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ التَّزَوُّجَ عليهن، والتَبَدُّلَ بِهِنَّ؛ مُكَافَأَةً لهن عَلَىٰ حُسْنِ صَنِيعِهِنَّ، فقال تعالى: **﴿لاَ يَحِلُّ لَكَ النِّسَاءُ مِن بَعْدُ وَلاَ أَنْ تَبَدَّلَ بِهِنَّ مِنْ أَزْوَاجٍ﴾** [الأحزاب: ٥٢] ثم نَسَخَ ذلك؛ لتكون المِنَّةِ لرسول اللَّهِ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ بتركِ التَّزَوُّجِ عليهن، فقال تعالَىٰ: **﴿إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللاَّتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾** [الأحزاب: ٥٠]، وقالت عَائِشَةُ ـ رَضِيَ اللَّهُ عنها ـ: «مَا مَاتَ رَسُولُ اللَّهِ ـ صَلَّى اللَّهَ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ حَتَّى أُحِلَّ لَهُ النِّسَاءُ»، تعني: اللاتي حُظِرْنَ عليه.

وعن أبي حَنِيفَةَ ـ رضي الله عنه ـ أنه دام ذلك التحريم، ولم ينسخ، وهل حُرِّمَ علَىٰ رسولِ اللَّهِ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ طَلاَقُهُنَّ[1] بعدما اخْتَرْنَهُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: نَعَمْ؛ كما لو رغبت عنه امرأة، حُرِّمَ عليه إمساكُهَا.

والثاني: لا؛ كما لو أرادَ الواحدُ من الأمَّةِ تطليقَ زوجته، لا يُمْنَعُ منه، وإنْ رَغِبَتْ فِيهِ. قال الإمام ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ وهذا أظهرُ، وخَصَّ بَعْضُهُمُ الوجهين بِالطَّلاق، عَقِيبَ اختيارهن إياه، وقطع أنه لا حجر في الطلاق الْمُنْفَصِلِ عن التَّخْيِيرِ وجوابه.

ولو قُدِّرَ أنَّ واحدةً مِنْهُنَّ اختارتِ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا، هل كان يحصل الفراقُ بنفس الاختيار؟ فيه وجهان:

أحدهما: نَعَمْ؛ كالواحدِ من الأمة، إذا خَيَّرَ زوجته، وَنَوَىٰ تَفْوِيضَ الطَّلاقِ إليها، فاختارَتْ نفسها.

= طالبنه من الحلي والثياب بما ليس عنده فتأذى بذلك، فأمر بتخييرهن، وقيل إن ذلك كان بسبب طلب بعضهن منه خاتماً من ذهب، فأعد لها خاتماً من فضة وصفره بالزعفران فتسخطت، رابعها: أن الله امتحنهن بالتخيير ليكون لرسوله خيرة النساء، خامسها: أن سبب نزولها قصة مارية في بيت حفصة، أو قصة العسل الذي شربه في بيت زينب بنت جحش، وهذا يقرب من الثاني.

(١) قال الشيخ البلقيني هذا متعقب فالذي يقتضيه كلام الشافعي في الأم تحريم طلاقهن وبه جزم الماوردي وصححه أبو الفرج الزاز في تعليقه وهو أقرب وإذا طلق واحدة فهل يكون رجعياً أو بائناً وجهان.

وقال الزركشي ذكر ابن أبي الدم أن العراقيين قطعوا بالتحريم ولم يحكوا سواه.

وأصحُهما: لاَ؛ لقوله تعالَىٰ: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ﴾ [الأحزاب: ٢٨] فلو حصل الفراق باختيارها الدنيا، لما كان للتسريح معنى؛ ولأنه تخييرٌ بين زينة الدنيا والآخرة، فلا يحصل الفراق باختيار الدُّنْيَا، كما لو خُيِّرَ الْوَاحِدُ من الأمة زوجته، بَيْنَ الدُّنْيَا والآخرة، فاختارتِ الدُّنْيَا.

وهل يعتبر أن يكون جوابُهُنَّ على الفور؟ فيه وَجْهَانِ مبنيَّانِ على الوجهين في حُصُول الْفِرَاقِ بنَفْس الاختيار. فإن قلْنا بحصوله، وَجَب أن يَكُونَ على الْفَوْرِ.

وإن قلْنا لا يحصل، جاز فيه التَّرَاخِي.

وهذا ما أورده القاضِي ابنُ كَجٍّ؛ واحتج لهذا الْوَجْهِ بأنَّ النبيَّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ لما أنزلت آية التخيير، بَدَأَ بِعَائِشَةَ ـ رضي اللَّهُ عنها ـ؛ وقال: «إِنِّي ذَاكِرٌ لَكِ أَمْرَاً، فَلاَ تُبَادِرِينِي بِالْجَوَابِ؛ حَتَّى تستأمري أَبَوَيْكِ»[1].

واعترض الشيخُ أبو حَامِدٍ بِأَنَّ النَّبيَّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ صَرَّحَ بِمَدِّ خِيَارِهَا هُنَاكَ، إِلَى مُرَاجَعَةِ الأَبَوين، والْكَلاَمُ فِي التَّخْيِيرِ الْمُطْلَقِ.

فإن جعلناه على الْفَوْرِ، فيمتدُّ بامتداد المَجْلِسِ، والمعتبر ما يُعَدُّ جواباً في الْعُرْفِ. حكى القاضي أبو سعيد الهَرَوِيُّ فيه وجهين، وفي «الْجُرْجَانِيَّاتِ» لأبي الْعَبَّاسِ الرُّويَانِيِّ، ذَكَرَ وَجهَيْنِ في أنَّه، هل كان يجوز للنبي ـ صلى اللَّهُ عليه وسلم ـ أن يجعل الاختيار إِلَيْهِنَّ قبل المشاورة معهن؟ فيه وجهين في أنه، هل كان قَوْلُهَا: اخترت نفسي، تصريحاً بالْفِرَاقِ؟ ووجهين في أنَّه، هل كان يحلُّ له التزوُّج بها بعد الفِرَاقِ؟.

---

(١) متفق عليه البخاري من طريق الزهري عن أبي سلمة عن عائشة قالت: لما أمر رسول الله ﷺ بتخييره أزواجه [٤٧٨٥ ـ ٤٧٨٦ مسلم ١٤٧٥] بدأ بي وقال إني ذاكر لك أمراً فلا عليك ألا تعجلي ـ الحديث ـ وفيه: ثم قال إن الله قال: **﴿يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها﴾** الآية وفيه: فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة، واتفقا على طريق مسروق عنها: خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه، فلم يعددها علينا، وفي رواية: فلم يعد ذلك طلاقاً، ولمسلم من حديث جابر نحو الأول، وزاد في آخره: وأسألك لا تخبر امرأة من نسائك بالذي قلت، قال: لا تسألني امرأة منهن إلا أخبرتها، وفي بعض طرقه أن هذا الكلام منقطع، فإن فيه قال معمر وأخبرني أيوب قال: قالت عائشة: لا تقل إني أخبرتك.

قال الحافظ: (تنبيه) احتج بهذا الحديث على أن جوابهن ليس الفور، واعترض الشيخ أبو حامد بأنه صرح لعائشة بالإمهال إلى مراجعة الأبوين، قال ابن الرفعة: وفي طرد ذلك في بقية أزواجه نظر، لاحتمال أن يكون ذلك خاصاً بعائشة، لميله إليها وصغر سنها، فكأنه قال لها لا تبادري بالجواب خشية أن تبتدر فتختار الدنيا، وعلى هذا فلا يطرد ذلك في غيرها، انتهى ولا يخفى ما فيه. قوله: وهل حرم على رسول الله ﷺ طلاقهن بعدما اخترنه كما لو رغبت عنه امرأة حرم عليه إمساكها، قلت: وهذا يحتاج إلى دليل خاص.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (وَأَمَّا المُحَرَّمَاتُ) فَقَدْ حُرِّمَ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ، وَالصَّدَقَةُ، وَأَكْلُ الثُّومِ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَالأَكْلُ مُتَّكِئاً عَلَىٰ وَجْهٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: النوْعُ الثَّاني: ما اختصَّ النبيُّ - ﷺ - به من الْمُحَرَّمَاتِ، وَهِيَ قِسْمَانِ.

أحدهما: المحرمات من غير النِّكَاح، **فمنها:** الزكاة، ويشاركُهُ في حرمتها أُولُو الْقُرْبَىٰ؛ لكنَّ التحريمَ عليهم بسببه أيضاً، فالخاصيَّةُ عَائِدَةٌ إليه.

ومنها: الصَّدَقَةُ، على أظهر القولَيْنِ؛ على ما سبق في قسم الصَّدَقَاتِ[1].

ومنها: أَنَّهُ كان - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لا يأكُل الثومَ، والبَصَل، والكُرَّاث[2]، وهل كان حَرَاماً عليه؟ فيه وجهان.

أشبههما: لا؛ لكنه كان يمتنع منه كيلا يتأذَّىٰ به الْمَلَكُ.

---

(١) قال في الخادم قال صاحب التقريب في كتاب الهبة لم يختلف جواب الشافعي في أن رسول الله ﷺ لم يأخذ شيئاً باسم الصدقة تطوعاً أو فريضة إلى آخر ما ذكره وليت الأئمة جزموا بالحرمة مطلقاً وذكر صاحب الخادم أيضاً عن أبي هريرة أن المحرمة عليه صدقة الأعيان فأما العامة كالمساجد ومياه الآبار فلا وقد سبق مثله وأبدى الماوردي وجهاً اختاره أن ما كان فيها أبدالاً متقومة كانت محرمة دون ما كان عليها غير متقوم فتخرج صلاته في المسجد وشربه من ماء زمزم وبئر رومة ومما يحرم عليه ﷺ كما ذكره الرافعي في بابه.

(٢) قال الحافظ: يؤخذ مما رواه ابن خزيمة وغيره من طريق جابر بن سمرة عن أبي أيوب نحو ما أخرجه مسلم [٥٦٤] وزاد: إني أستحي من ملائكة الله وليس بمحرم، وللحاكم من طريق سفيان ابن وهب عن أبي أيوب أنه أرسل إلى رسول الله ﷺ بطعام من خضرة فيه بصل أو كراث، فلم يرَ فيه أثر رسول الله ﷺ فأبى أن يأكله، فقال رسول الله: إني أستحي من ملائكة الله وليس بمحرم، ولابن خزيمة من حديث أبي سعيد: لم يعد أن فتحت خيبر وقعنا في تلك البقلة الثوم، فأكلنا أكلاً شديداً، قال وناس جياع، ثم قمنا إلى المسجد، فوجد رسول الله الريح، فقال: من أكل من هذه الشجرة الخبيثة فلا يقربنا في مسجدنا، فقال الناس: حرمت حرمت، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ، فقال: يا أيها الناس إنه ليس لي تحريم ما أحل الله، ولكنها شجرة أكره ريحها، وإنه يأتيني أنحاء من الملائكة فأكره أن يشموا ريحها، وهذه الأحاديث تدل على أن النهي المطلق في حديث ابن عمر الذي أخرجه البخاري [٨٥٤ - ٨٥٥ - ٥٤٥٢ - ٧٣٥٩]: أنه ﷺ نهى يوم خيبر عن أكل الثوم، محمول على من أراد حضور المسجد، وقد زاد يزيد بن الهاد عن نافع: أن ابن عمر كان يأكله إذا طبخ، وظاهر الأحاديث أن أكل ذلك لم يكن بحرام عليه على الإطلاق، بل في أبي داود والنسائي من حديث عائشة أن آخر طعام أكله رسول الله ﷺ طعام فيه بصل، زاد البيهقي: إنه كان مشوياً في قدر، ويؤيده حديث عمر عند مسلم: فمن كان أكلهما ولا بدّ فليمتهما طبخاً، ولأبي داود والترمذي عن علي: نهى عن أكل الثوم إلا مطبوخاً.

رُوِيَ أنه ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ أُتِيَ بِقِدْرٍ فِيهَا بُقُولٌ، فَوَجَدَ لَهَا رِيحاً، فَقَرَّبَهَا إِلَى بَعْضِ أَصْحَابِهِ، فَقَالَ: «كُلْ؛ فَإِنِّي أُنَاجِي مَنْ لاَ تُنَاجِي»(١).

ومنها: أَنَّهُ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ كان لا يأكل مُتَّكِئاً(٢)، وروي عنه ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ أنه قَالَ: «أَنَا آكُلُ كَمَا تَأْكُلُ الْعَبِيدُ، وَأَجْلِسُ كَمَا تَجْلِسُ الْعَبِيدُ»(٣)، وهل كان ذلك حراماً عليه أو مكروهاً كما في حَقِّ الأمة؟ فيه وجهان.

أشبههما: الثاني.

ومما عُدَّ من الْمُحَرَّمَاتِ: الخَطُّ(٤) والشِّعر.

---

(١) متفق عليه من حديث جابر.

(٢) رواه البخاري [٥٣٩٨ ـ ٥٣٩٩] وأصحاب السنن عن أبي جحيفة عن النبي ﷺ قال: لا آكل متكئاً. لم يبين المصنف المراد بالاتكاء وعن الخطابي المراد به الجالس المعتمد على وطاء تحته وعن ابن الجوزي أن المراد به المائل على جنب وفسره القاضي عياض في الشفاء بما ذكره الخطابي وأما كراهة الثوم وما ذكر معه فقال في الخادم موضوع الكراهة في النيّ أو المطبوخ فقد صح أنه ﷺ أكل طعاماً فيه بصل وينبغي إلحاق الفجل بالمذكورات فقد ورد التنصيص عليه في معجم الطبراني بالنسبة للتخلف عن الجماعة.

(٣) أخرجه البيهقي في الشعب من طريق يحيى بن أبي كثير مرسلاً، وهو في مصنف عبد الرزاق عن معمر عن يحيى ولفظه: أن النبي ﷺ قال: آكل كما يأكل العبد، وأجلس كما يجلس العبد، فإنما أنا عبد وقال البزار نا أحمد بن المعلى الآدمي نا حفص بن عمار الطاحي نا مبارك بن فضالة عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر بلفظ: «إنما أنا عبد آكل كما يأكل العبد»، وقال: لا نعلم يروى بإسناد متصل إلا من هذا الوجه، ولا نعلم رواه إلا ابن عمر، ولا عن عبيد الله إلا مبارك، ولا عن مبارك إلا حفص ولا يتابع عليه، قلت: وحفص فيه مقال، ووصله ابن شاهين في ناسخه من حديث أنس وفيه قصة، ولأبي الشيخ في كتاب أخلاق النبي ﷺ من حديث جابر نحوه، ومن حديث عائشة، وإسنادهما ضعيف، ولابن شاهين من طريق عطاء بن يسار مرسلاً نحوه، وفي ابن أبي شيبة من حديث مجاهد مرسلاً أيضاً قال: ما أكل رسول الله متكئاً قط إلا مرة، وقال: اللهم إني عبدك ورسولك، وقال ابن سعد أنا أبو النضر أنا أبو معشر عن سعيد عن عائشة، أن النبي ﷺ قال لها: يا عائشة لو شئت لسارت معي جبال الذهب، أتاني ملك إن حجزته لتساوي الكعبة، فقال: إن ربك يقرئك السلام ويقول لك: إن شئت كنت نبياً ملكاً، وإن شئت عبداً، فأشار إلى جبريل: أن ضع نفسك، فقلت: نبياً عبداً فكان بعد ذلك لا يأكل متكئاً، ويقول: آكل كما يأكل العبد، وأجلس كما يجلس العبد وللبيهقي في الشعب والدلائل من حديث ابن عباس في قصة قال فيها: فما أكل ﷺ بعد تلك الكلمة طعاماً متكئاً حتى لقي الله، ورواه والنسائي بلفظ: قط، بدل: حتى لقي الله، وإسناده حسن، فإنه من رواية بقية عن الزبيدي وقد صرح، ووافقه معمر عن الزهري أخرجه عبد الرزاق أيضاً، قاله الحافظ.

قال الحافظ فائدة لم يثبت دليل الخصوصية في ذلك، وإنما هو أدب من الآدب، وممن صرح بأنه كان غير محرم عليه ابن شاهين في ناسخه.

(٤) قال في الخادم قال في البيان ذكر النقاش أن النبي ﷺ ما مات حتى كتب قال والأول أي عدم=

. . . .

= الكتابة هو المشهور قال صاحب الخادم يشهد للنقاش ما رواه البخاري في عمرة القضاء أن النبي ﷺ صالح سهيل بن عمرو فكتب علي بن أبي طالب الصحيفة هذا ما قضى عليه محمد رسول الله ﷺ فقال سهيل أكتب محمد بن عبد الله فقال ﷺ لعلي رضي الله عنه امحه فقال علي لا أمحوك أبداً فأخذ النبي ﷺ الكتاب فكتب هذا ما قاضي محمد بن عبد الله وفي هذه الكتابة وجوه:

أحدها: أنه ﷺ كتب وهو لا يعلم ما يكتب فانتظم مراده.

ثانيها: أنه ﷺ أوحى إليه فكتب عن علم بالكتابة.

ثالثها: أنه ﷺ لكثرة كتابة اسمه بين يديه فعلم ذلك وهذا أضعف الأوجه.

رابعها: أنه أمر من كتب ونسب الفعل إليه تجوزاً ولم يبين المصنف هل المراد بالشعر إنشاده أو روايته أو أعم من ذلك قال في الخادم وجعل الماوردي والروياني قول الشعر وتعلمه وروايته سواء في التحريم واكتفى بالكتابة القراءة من الكتاب وقال أيضاً أعني صاحب الخادم ما أطلق في الشعر محله في غير الزجر أما الزجر فقال البيهقي أن النبي ﷺ كان يقول وهو مبني على قول الأخفش وغيره من الأدباء أنه ليس بشعر ولو كان شعراً لم يقله النبي ﷺ لقوله تعالى: **﴿وما علمناه الشعر وما ينبغي له﴾**.

قال الحافظ: قوله: ومما عد من المحرمات الخط والشعر، وإنما يتجه القول بتحريمها ممن يقول: إنه كان يحسنهما ثم استدل لذلك بقوله تعالى: **﴿وما كنت تتلو من قبله من كتاب ولا تخطه بيمينك﴾** وبقوله: **﴿وما علمناه الشعر وما ينبغي له﴾** وفي الاستدلال بالآية الأولى على ذلك نظر، واستدل غيره بحديث ابن عمر المخرج في الصحيح بلفظ: إنا أمة أميه لا نكتب ولا نحسب ـ الحديث ـ وقال البغوي في التهذيب: قيل كان يحسن الخط ولا يكتب، ويحسن الشعر ولا يقوله، والأصح أنه كان لا يحسنهما، ولكن كان يميز بين جيد الشعر ورديه، انتهى وادعى بعضهم أنه صار يعلم الكتابة بعد أن كان لا يعلمها، وأن عدم معرفته كان بسبب المعجزة لقوله تعالى: **﴿وما كنت تتلو من قبله من كتاب ولا تخطه بيمينك إذاً لارتاب المبطلون﴾** فلما نزل القرآن واشتهر الإسلام وكثر المسلمون، وظهرت المعجزة وأمن الارتياب في ذلك، عرف حينئذٍ الكتابة، وقد روي ابن أبي شيبة وغيره من طريق مجالد عن عون بن عبد الله عن أبيه قال: ما مات رسول الله ﷺ حتى كتب وقرأ، قال مجالد: فذكرت ذلك للشعبي فقال: صدق، قد سمعت أقواماً يذكرون ذلك، انتهى قال: وليس في الآية ما ينافي ذلك، وروى ابن ماجة وغيره عن أنس قال: قال رسول الله ﷺ: رأيت ليلة أسري بي على باب الجنة مكتوباً: الصدقة بعشر أمثالها، والقرض بثمانية عشر، قال: والقدرة على قراءة المكتوب فرع معرفة الكناية، وأجيب باحتمال إقدار الله له على ذلك بغير تقدمة معرفة الكتابة، وهو أبلغ في المعجزة، وباحتمال أن يكون حذف منه شيء، والتقدير فسألت عن المكتوب فقيل لي هو كذا، ومن حديث محمد بن المهاجر عن يونس بن ميسرة عن أبي كبشة السلولي عن سهل ابن الحنظلية: أن النبي ﷺ لما أمر معاوية أن يكتب للأقرع بن حابس وعيينة بن حصن، قال عيينة: أتراني أذهب إلى قومي بصحيفة كصحيفة الملتمس، فأخذ رسول الله ﷺ الصحيفة فنظر فيها فقال: قد كتب لك بما أمر فيها. قال يونس ابن ميسرة أحد رواته فيرى أن رسول الله ﷺ كتب بعد ما أنزل عليه، ومن الحجة في ذلك ظاهراً ما أخرجه البخاري في قصة صلح الحديبية من حديث البراء: فأخذ الكتاب فكتب: هذا ما قاضي =

قال الله تعالى: ﴿وَلاَ تَخُطُّهُ بِيَمِينِكَ﴾ [العنكبوت: ٤٨] وقال عزّ وجلّ: ﴿وَمَا

= عليه محمد بن عبد الله ـ الحديث ـ وكذا أخرجه الإسماعيلي في مستخرجه، وقال أبو الخطاب بن دحية: صار بعض الناس إلى أن النبي ﷺ كتب، منهم أبو ذر الهروي، وأبو الفتح النيسابوري، وأبو الوليد الباجي، وصنف فيه كتاباً، قال: وسبق إلى ذلك عمر بن شبة في كتاب الكتاب له، فإنه قال فيه: كتب النبي ﷺ بيده يوم الحديبية، وقال أبو بكر بن العربي في سراجه: لما قال أبو الوليد ذلك طعنوا عليه، ورموه بالزندقة، وكان الأمير متثبتاً فأحضرهم للناظرة، فاستظهر الباجي ببعض الحجة، وطعن على من خالفه، ونسبهم إلى عدم معرفة الأصول، وقال: اكتب إلى العلماء بالآفاق فكتب إلى إفريقية وصقلية وغيرهما، فجاءت الأجوبة بموافقة الباجي، ومحصل ما تواردوا عليه أن معرفته الكتابة بعد أميته لا ينافي المعجزة، بل تكون معجزة أخرى، لأنهم بعد أن تحققوا أميته وعرفوا معجزته بذلك، وعليه تنزل الآية السابقة، صار بعد ذلك يعلم الكتابة بغير تقدم تعليم، فكانت معجزة أخرى، وعليه ينزل حديث البراء انتهى وقد رد أبو محمد بن معور على أبي الوليد الباجي، وبين خطأه في هذه المسألة في تصنيف مفرد، ووقع لأبي محمد الهواري معه قصة في منام رآه، ملخصه: أنه كان يرى مما قال الباجي، فرأى في النوم قبر النبي ﷺ ينشق ويميد ولا يستقر، فاندهش لذلك، وقال في نفسه: لعل هذا بسبب اعتقادي، ثم عقدت التوبة مع نفسي فسكن واستقر، فلما استيقظ قص الرؤيا على ابن معور فعبرها له كذلك، واستظهر بقوله تعالى: ﴿**تكاد السموات يتفطرن منه وتنشق الأرض وتخر الجبال هداً**﴾ الآيات، ومحصل ما أجاب به الباجي عن ظاهر حديث البراء أن القصة واحدة، والكاتب فيها كان علي بن أبي طالب، وقد وقع في رواية أخرى للبخاري من حديث البراء أيضاً بلفظ: لما صالح النبي ﷺ أهل الحديبية. كتب على بينهم كتاباً، . فكتب محمد رسول الله، فتحمل الرواية الأولى على أن معنى قوله فكتب، أي فأمر الكاتب، ويدل عليه رواية المسور في الصحيح أيضاً في هذه القصة، ففيها: والله إني لرسول الله وإن كذبتموني، اكتب محمد بن عبد الله، وقد ورد في كثير من الأحاديث في الصحيح وغيره إطلاق لفظ كتب بمعنى أمر، منها حديث ابن عباس أن النبي ﷺ كتب إلى قيصر، وحديثه كتب إلى النجاشي وحديثه كتب إلى كسرى، وحديث عبد الله بن عكيم كتب إلينا رسول الله، وغير هذه الأحاديث كلها محمولة على أنه أمر الكاتب، ويشعر بذلك هنا قوله في بعض طرقه: لما امتنع الكاتب أن يمحو لفظ محمد رسول الله، قال له النبي ﷺ: أرني فمحاه فإن ظاهره أنه لو كان يعرف الكتابة لما احتاج إلى قوله: أرني، فكأنه، أراه الموضع الذي أبى أن يمحوه، فمحاه هو ﷺ بيده، ثم ناوله لعلي فكتب بأمره: ابن عبد الله، بدل: رسول الله، وأجاب بعضهم على تقدير حمله على ظاهره، أنه كتب ذلك اليوم غير عالم بالكتابة، ولا بتمييز حروفها، لكنه أخذ القلم بيده فخط به، فإذا هو كتابة ظاهرة على حسب المراد، وذهب إلى هذا القاضي أبو جعفر السمناني، وأجاب بعضهم بأنه ليس في ظاهر الحديث إلا أنه كتب محمد بن عبد الله، وهذا لا يمتنع أن يكتبه الأمي كما يكتب الملوك علامتهم وهم أميون.

وأما الشعر فكان نظمه محرماً عليه باتفاق، لكن فرق البيهقي وغيره بين الرجز وغيره من البحور، فقالوا يجوز له الرجز دون غيره، وفيه نظر، فإن الأكثر على أن الرجز ضرب من الشعر، وإنما ادعى أنه ليس بشعر الأخفش، وأنكره ابن القطّان وغيره، وإنما جرى البيهقي لذلك ثبوت قوله ﷺ يوم حنين: أنا النبي لا كذب، أنا ابن عبد المطلب، فإنه من بحور الرجز، ولا جائز أن يكون مما تمثل به كما سيأتي لأن غيره لا يقول: أنا النبي، ويزيل عنه الإشكال أحد أمرين، إما أنه لم يقصد الشعر =

عَلَّمْنَاهُ الشِّعْرَ وَمَا يَنْبَغِي لَهُ﴾ [يس: ٦٩]، وإنما يتجه القول بتحريمهما ممن يقول: إنه ـ عليه السَّلامُ ـ كان يحسنهما وقد اختلفوا فيه.

فقيل: كان يحسنهما لكنه كان يمتنع منهما، والأَصَحُ: أنه كان لا يحسنهما.

ومنها: كان ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْه وَسَلَّمَ ـ يُحَرَّمُ عليه إذا لبس لأُمَتَهُ[1] أَنْ ينزعها، حتى يَلْقَى العدوَّ، وَيُقَاتِلَ.

= فخرج موزوناً، وقد ادعى ابن القطاع وأقره النووي الإجماع على أن شرط تسمية الكلام شعراً أن يقصد له قائله، وعلى ذلك يحمل ما ورد في القرآن والسنّة، وإما أن يكون القائل الأول قال: أنت النبي لا كذب، فلما تمثل به النبي ﷺ غيره، والأول أولى، هذا كله في إنشائه، ويتأيد ما ذهب إليه البيهقي بما أخرجه ابن سعد بسند صحيح عن معمر عن الزهري قال: لم يقل النبي ﷺ شيئاً من الشعر قيل قبله، أو يروى عن غيره، إلا هذا، وهذا يعارض ما في الصحيح عن الزهري أيضاً لم يبلغنا أن النبي ﷺ تمثل ببيت شعر تام غير هذه الأبيات، زاد ابن عائذ من وجه آخر عن الزهري: إلا الأبيات التي كان يرتجز بهن وهو ينقل اللبن لبناء المسجد، وأما إنشاده متمثلاً فجائز، ويدل عليه حديث عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ قال: ما أبالي شربت ترياقاً، أو تعلقت بتميمة أو قلت الشعر من قبل نفسي، أخرجه أبو داود وغيره، فقوله: من قبل نفسي احتراز عما إذا أنشده متمثلاً، وقد وقع في الأحاديث الصحيحة من ذلك، كقوله: أصدق كلمة قالها الشاعر قول لبيد، ألا كل شيء ما خلا الله باطل، متفق عليه من حديث أبي هريرة، وحديث عائشة: كان النبي ﷺ يتمثل بشعر ابن رواحة، وحديثها: كان رسول الله ﷺ إذا استراب الخبر يتمثل بقول طرفة: ويأتيك بالأخبار من لم تزود، صححه الترمذي، وأخرجه البزار من حديث ابن عباس أيضاً، وأما ما أخرجه ابن أبي حاتم وغيره من مرسل الحسن البصري: أنه ﷺ كان يتمثل بهذا البيت: كفى بالإسلام والشيب ناهياً، فقال له أبو بكر: كفى الشيب والإسلام للمرء ناهياً، فأعادها كالأول، فقال: أشهد أنك رسول الله، وما علمناه الشعر وما ينبغي له، فهو مع إرساله فيه ضعف، وهو راويه عن الحسن: علي بن زيد بن جدعان، وأما ما رواه البيهقي في الدلائل: أنه ﷺ قال للعباس بن مرداس: أنت القائل: أتجعل نهبي ونهب العبيد بين الأقرع وعيينة، فقال: إنما هو بين عيينة والأقرع، فقال: هما سواء، فإن السهيلي قال في الروض: أنه ﷺ قدم الأقرع، على عيينة، لأن عيينة وقع له أنه ارتد ولم يقع ذلك للأقرع، وروى الحاكم والبيهقي والخطيب من طريق عبد الله بن مالك النحوي مؤدب القاسم بن عبيد الله، عن علي بن عمرو الأنصاري عن ابن عيينة عن الزهري، عن عروة عن عائشة قالت: ما جمع رسول الله ﷺ بيت شعر قط إلا بيتاً واحداً: فقال بما تهوى تكن فلقل ما يقال لشيء كان ألا تحقق، قالت عائشة: لم يقل تحققاً، لئلا يعربه فيصير شعراً، قال البيهقي: لم أكتب إلا بهذا الإسناد، وفيه من يجهل حاله، وقال الخطيب: غريب جداً، والله أعلم.

(١) اللأمة بهمزة ساكنة الدرع ويجمع على لأم كشمرة وثمر ولؤم كرطب وهذا الثاني على غير قياس فإنه جمع لؤمة بضم اللام قاله في المهمات قال في الخادم ويعني بها أيضاً السلاح كله كما قال الأزهري وحكاه عنه ابن مالك في كتاب الهمز.

والحديث، علقه البخاري [١٣/٣٣٩] مختصراً، ووصله أحمد والدارمي وغيرهما من حديث=

وعن رواية الشَّيخِ أبي علي أنه كان ذلك مكروهاً لا محرماً، والمشهورُ ٱلأَوَّلُ.

قال في «التهذيب»: وقد قيل بناءً عليه إنه كان ـ عليه السَّلامُ ـ لا يَبْتَدِىءُ تطوعاً إلاَّ لزمه إتمامه[(١)].

ومنها: قال في «الإنصاح»: كان لا يجوزُ له مَدُّ الْعَيْنِ إِلى ما متع به الناس، قال الله تعالى: ﴿وَلاَ تَمُدَّنَّ عَيْنَيْكَ﴾ الآية [طه: ١٣١].

ومنها: خَائِنَةُ ٱلأَعْيُنِ، مُحَرَّمَةٌ عليه، قال ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ: «مَا يَنْبَغِي لِنَبِيٍّ خَائِنَةُ ٱلأَعْيُنِ»[(٢)] وَفَسَّرُوهَا بالإِيماء إلى مباح من ضرب أو قتل على خلاف ما يظهر

= جابر: أنه ليس لنبي إذا لبس لأمته أن يضعها حتى يقاتل، وفيه قصة، وأخرجها أصحاب المغازي موسى بن عقبة عن ابن شهاب، وابن إسحاق عن شيوخه، وأبو الأسود عن عروة، وفيه من الزيادة: لا ينبغي لنبي إذا أخذ لأمة الحرب واكتفى الناس بالخروج إلى العدو، أن يرجع حتى يقاتل، وله طريق أخرى بإسناد حسن عند البيهقي [٧/ ٤١] والحاكم [٢/ ١٢٨ ـ ١٢٩] من حديث ابن عباس.

(١) قال الشيخ البلقيني هذا ضعيف ففي سنن الدارقطني عن عكرمة قال قالت عائشة رضي الله عنها دخل عليّ النبي ﷺ فقال عندكم شيء فقلت لا قال: إذن صوم. ودخل عليّ يوماً آخر فقال: عندكم شيء فقلت نعم فقال: إذاً افطر وإن كنت قد فرضت الصوم قال الدارقطني هذا إسناد حسن صحيح وفيه عن عائشة بنت طلحة عن عائشة أم المؤمنين كان النبي ﷺ يأتينا فيقول هل عندكم شيء غداً فإن قلنا نعم تغدى وإن قلنا لا قال إني صائم وإنه أتانا ذات يوم قد أهدي لنا حيس فقلنا يا رسول الله قد أهدي لنا حيس وإنا قد خبأناه لك قال إني أصبحت صائماً قال الدارقطني وروي من طريق ضعيفة وأدى يوماً مكانه.

(٢) رواه أبو داود [٢٦٨٣ ـ ٤٣٥٩] والنسائي [٧/ ١٠٥ ـ ١٠٦] والبزار والحاكم [٣/ ٤٥] والبيهقي [٧/ ٤٠]، من حديث سعد بن أبي وقاص في قصة الذين أمر النبي ﷺ بقتلهم يوم فتح مكة، وفيه: أن عبد الله بن سعد بن أبي سرح منهم، وأن عثمان استأمن له النبي ﷺ، فأبى أن يبايعه ثلاثاً ثم بايعه، ثم قال لأصحابه: أما كان فيكم رجل رشيد يقوم إلى هذا، حيث رآني كففت يدي عنه فيقتله، قالوا: وما يدرينا ما في نفسك يا رسول الله هلا أومأت إلينا بعينك، قال: إنه لا ينبغي لنبي أن تكون له خائنة الأعين، إسناده صالح، وروى أبو داود والترمذي والبيهقي من طريق أخرى عن أنس قال: غزوت مع رسول الله فحمل علينا المشركون حتى رأينا خيلنا وراء ظهورنا، وفي القوم رجل يحمل علينا فيدقنا ويحطمنا، فهزمهم الله، فقال رجل: إن عليّ نذراً إن جاء الله بالرجل أن أضرب عنقه، فجاء الرجل ثانياً، فأمسك رسول الله لا يبايعه، فجعل الرجل الذي حلف يتصدى له ويهابه أن يقتل الرجل، فلما رأى رسول الله أنه لا يصنع شيئاً بايعه، فقال الرجل: نذري؟ فقال: إني لم أمسك عنه منذ اليوم إلا لتوفي بنذرك، فقال: يا رسول الله ألا أومضت إليّ، فقال: إنه ليس لنبي أن يومض، وروى ابن سعد من طريق علي بن زيد عن سعيد ابن المسيب قال: أمر النبي ﷺ بقتل ابن أبي سرح وابن الزبعري وابن خطل، فذكر القصة، قال: وكان رجل من الأنصار نذر إن رأى ابن أبي سرح أن يقتله، فذكر قصة استيمان عثمان له، وكان=

ويشعر به الحال، وإنما قِيلَ له: خَائِنَةُ ٱلأَعْيُنِ؛ لأنه يشبه الخيانة من حيث إنه يخفى، ولا يحرم ذلك على غيره إلاَّ في مَحْظُورٍ.

واستدل صاحب «التَّلْخِيصِ» بتحريم خائنة الأَعْيُنِ على أنه لم يكن له أن يخدع في الحرب، وخالفه المعظم لما اشتهر أنه كان إذا أراد سفراً وَرَىٰ بِغَيْرِهِ[١].

وفي «الْجُرْجَانِيَّاتِ» ذَكَرَ وَجْهَينِ في أَنَّهُ هل كان يجوز له أن يصلي على من عليه دَيْنٌ؟. وطريقين في أنه هَلْ يَجُوزُ له أن يَصَلِّي مَعَ وُجُودِ الضَّامِنِ[٢]. قال: ولم يكن له

= أخاه من الرضاعة، ثم قال رسول الله ﷺ للأنصاري: هلا وفيت بنذرك، قال: يا رسول الله استنظرتك فلم تومض لي، فقال: الإيماء خيانة، وليس لنبي أن يومي (فائدة) حكى سبط ابن الجوزي في مرآة الزمان، أن الأنصاري عباد بن بشر.

قوله: وقيل بناءً عليه إنه كان لا يبتدي متطوعاً إلا لزمه إتمامه، قلت: لم أرَ لهذا دليلاً إلا إن يؤخذ من حديث صلاته الركعتين بعد العصر، وقول عائشة: كان إذا عمل عملاً أثبته، وفي الاستدلال بذلك نظر قاله الحافظ.

(١) متفق عليه من حديث كعب بن مالك.

(٢) قال النووي الصواب الجزم بجوازه مع الضامن، ثم نسخ التحريم، فكان ﷺ بعد ذلك يصلي على من عليه بدين ولا ضامن له، ويوفيه من عنده. والأحاديث الصحيحة مصرّحة بما ذكرته والله أعلم.

كان رسول الله ﷺ يؤتى بالرجل المتوفى عليه الدين فيسأل: هل ترك لدينه قضاء فإن حدث أنه ترك وفاء صلى عليه وإن قيل لا قال للمسلمين: صلوا على صاحبكم فلما فتح الله عليه الفتوح قام فقال: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن توفي من المؤمنين فترك ديناً فعلي قضاؤه ومن ترك مالاً فهو لورثته. متفق عليه (أخرجه البخاري في الصحيح ٤/٤٧٧)، كتاب الكفالة وباب الدين، الحديث (٢٢٩٨) و (مسلم في الصحيح ٣/١٢٣٧) وكتاب الفرائض وباب من ترك مالاً فلورثته والحديث (١٤/١٦١٩).

قال الحافظ قوله: يجوز له أن يصلي على من عليه دين مطلقاً أو مع وجود الضامن، قال النووي في زياداته: الصواب الجزم بجوازه مع الضامن، ثم نسخ التحريم مطلقاً، إلى أن قال: والأحاديث مصرحة بذلك، انتهى. وكذا قال البيهقي: كان ﷺ لا يصلي على من عليه دين لا وفاء له، ثم نسخ، واحتج بما في الصحيحين عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ كان يؤتى بالمتوفى عليه الدين، فيسأل هل ترك لدينه مع قضاء، فإن قيل إنه ترك وفاء صلى عليه، وإلا فلا، فلما فتح الله عليه الفتوح قام، فقال: أنا أولى المؤمنين من أنفسهم. فمن توفي وترك ديناً فعلي وفاؤه، ومن ترك مالاً فلورثته، وفي الباب عن سلمة بن الأكوع عند البخاري، وعن أبي قتادة في أبي داود والترمذي، وعن ابن عمر في الطبراني الأوسط، وعن أبي أمامة وأسماء في الكبير، وعن ابن عباس في الناسخ للحازمي، وعن أبي سعيد عند البيهقي، وفي حديث سلمة أن الضامن كان قتادة، وفي حديث أبي سعيد أن الضامن كان علياً، ويحمل على تعدد القصة، واختلف في الحكمة في ذلك، فقيل كان تأديباً للأحياء لئلا يستأكلوا أموال الناس، وقيل: لأن صلاته تطهير للميت، وحق الآدمي ثابت فلا تطهير منه، فيتنافيان، وقيل: كانت عقوبة في أمر=

أن يَمُنَّ ليستكثر، قال اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَلاَ تَمْنُن تَسْتَكْثِرُ﴾ [المدثر: ٦] أي لا تعط شيئاً، فتأخذ أَكْثَرَ منه.

قال الْمُفَسِّرُونَ: وهذا خاصة للنَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَإِمْسَاكُ مَنْ كَرِهَتْ نِكَاحَهُ، وَنِكَاحُ الحُرَّةِ الكِتَابِيَّةِ وَالأَمَةِ عَلَى وَجْهٍ.**

قال الرَّافِعِيُّ: القسم الثاني: المُحَرَّمَاتُ المتعلقة بالنِّكَاحِ.

فمنها: إمساك من كَرِهَتْ نِكَاحَهُ، ورغبت عنه، واستشهد له بأن النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - نكح امْرَأَةً ذَاتَ جَمَالٍ، فَلُقِّنَت أن تقول لرسول الله - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: أَعُوذُ باللَّهِ مِنْكَ.

وقيل لها: إِنَّ هذا كَلاَمٌ يُعْجِبُهُ، فلما قَالَتْ ذلك، قَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَقَدِ اسْتَعَذْتِ، بِمُعَاذٍ، الْحَقِي بِأَهْلِكِ»(١).

ومنها: هل كان يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُ الْكِتَابِيَّةِ؟ فيه وَجْهَانِ:

= الدين أصلها المال، ثم نسخ التأديب بالمال وما تفرع عنه.

(١) قال الحافظ: قال ابن الصلاح في مشكله: هذا الحديث أصله في البخاري من حديث أبي سعيد الساعدي فيه الواقدي وهو معروف بالضعف، ومن الوجه المذكور أخرجه الحاكم ولفظه عن حمزة بن أبي أسيد عن أبيه قال تزوج رسول الله ﷺ أسماء بنت النعمان الجونية فأرسلني فجئت بها، فقالت حفصة لعائشة: أخضبها أنت، وأنا أمشطها، ففعلتا، ثم قالت لها إحداهما إن رسول الله يعجبه من المرأة إذا دخلت عليه أن تقول: أعوذ بالله منك، فلما دخلت عليه أغلق الباب وأرخى الستر، ثم مد يده إليها، فقالت: أعوذ بالله منك، فقال بكمه على وجهه فاستتر به، وقال: عذت بمعاذ، ثم خرج علي فقال: يا أبا أسيد الحقها بأهلها، ومتعها برازقيين، فكانت تقول: ادعوني الشقية، وفي رواية للواقدي أيضاً منقطعة: أنه دخل عليها داخل من النساء وكانت من أجمل النساء، فقالت: إنك من الملوك، فإن كنت تريدين أن تحظي عنده فاستعيذي منه - الحديث - وأصل حديث أبي أسيد عند البخاري [٥٢٥٤] كما قال ابن الصلاح، وعنده وعند مسلم من حديث سهل بن سعد نحوه، وسماها أميمة بنت النعمان بن شراحيل، وفي ظاهر سياقه مخالفة لسياق أبي أسيد، ويمكن الجمع بينهما، وهو أولى من دعوى التعدد في الجونية، وللشيخين أيضاً من حديث عائشة أن ابنة الجون لما دخلت على رسول الله ﷺ ودنا منها قالت: أعوذ بالله منك، وسماها ابن ماجة من هذا الوجه: عمرة، ورجح ابن منده: أقيمة وقيل اسمها العالية، وقيل فاطمة، ووقع نحو هذا القصة في النسائي، وقال: إنها من كلب، والحق أنها غيرها، لأن الجونية كندية بلا خلاف، وأما الكلبية فهي سناء بنت سفيان بن عوف بن كعب بن عبيد بن أبي بكر بن كلاب، حكاه الحاكم وغيره.

أَحَدُهُمَا: ويحكى عن أبي إِسْحَاقَ ـ: نَعَمْ، كالأَمَةِ، وكما كان يحل له ذَبَائِحُ أهل الكتاب.

وأصحهما: المنع، وبه قال ابن سُرَيج والقاضي أبو حامدٍ والإِصْطَخْرِي؛ رحمهم الله تعالى لأنها تكره صحبته؛ ولأنه أَشْرَفُ من أن يضع ماءه في رحمهما، وهي كَافِرَةٌ؛ ولأنه ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «زَوْجَاتِي فِي الدُّنْيَا، زَوْجَاتِي فِي الآخِرَةِ»[1]، والجنة مُحَرَّمَةٌ على الكافرين، لكن القائل الأول قال: لو نكح كتابية لهديت إلى الإِسلام كرامة للنبي ـ ﷺ ـ، ويجري الوجهان في التَّسَرِّي بالأَمَةِ الكتابية.

وهل كان يحل له نكاح الأَمَةِ الْمُسْلِمَةِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: وَيُحْكَى عن ابن أبي هُرَيْرَةَ ـ: نعم، كما يحل للأمة، والنكاح أوسع عليه من الأمة.

وأصحهما: المنع، وقد قطع به قاطعون. ووجه المنع بأن نكاح الأمة[2] هنا مَشْرُوطٌ بالخوف من العَنَتِ، والنَّبِيُّ ـ ﷺ ـ مَعْصُومٌ، وبفقدان طول الحرة ونكاحه ـ ﷺ ـ مستغن عن المهر ابتداءً وانتهاءً، ولأن من نكح أَمَةً كان ولده منها رقيقاً، ومنصب النَّبِيِّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ مُتَنَزَّهٌ عن مثل ذلك.

لكن من جَوَّزَ له نكاح الأَمَةِ قال: خَوفُ الْعَنَتِ، إنما يشترط في حَقِّ الأَمَةِ، وفي اشتراط فقدان الطُّولِ تَرَدُّدَ عن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ وغيره. وأما رق الولد ففي التزامه وَجْهٌ مُستَبعَدٌ، والصحيحُ أنه لو نكح أُمَةً كان لا يرق ولده منها[3]، وإن قلنا بجريان الرِّقِّ على العرب، وفيه قولان يذكران في موضعهما. وعلى هذا فعن أبي عَاصِمٍ العبَّادِيِّ: أن عليه الْقِيْمَةَ رِعَايَةً لحق المولى.

---

(١) قال الحافظ: لم أجده بهذا اللفظ، وفي البخاري عن عمار أنه ذكر عائشة فقال: إني لأعلم أنها زوجة نبيكم في الدنيا والآخرة، وأخرجه أبو الشيخ في كتاب السنّة من حديثه مرفوعاً، وفي البيهقي عن حذيفة أنه قال لامرأته: إن سرك أن تكوني زوجتي في الجنة، فلا تتزوجي بعدي، فإن المرأة لآخر أزواجها في الدنيا، فلذلك حرم على أزواج النبي ﷺ أن ينكحن بعده، لأنهن زوجاته في الجنة، وفي المستدرك عن عبد الله بن أبي أوفى مرفوعاً: سألت ربي أن لا أزوج أحداً من أمتي، ولا أتزوج إليه: إلا كان معي في الجنة، فأعطاني، أخرجه في ترجمة علي، وفي الطبراني في الأوسط من طريق عروة عن عبد الله بن عمر مثله، وفي ملاقاته لحديث الباب تكلف والحديث عند الحاكم ٣/ ١٣٧.

(٢) في ز: النكاح هنا.

(٣) في ز ولده منها لا يرق.

وعن القاضي حُسَيْن: أنه لا يلزمه قيمة الْوَلَدِ بخلاف ولد المغرور؛ لأن هناك فات الرِّقُّ عليه، وها هنا لا يمكن تقدير الرق ويوافق هذا ما حكاه الإِمَام ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ أنه لو قدر نكاح غرور في حق النَّبِيِّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ لم يَلْزَمْهُ قيمة الْوَلَدِ؛ لأنه مع العلم بالحال لا ينعقد رقيقاً، ولا ينتهض الظَّنُّ دافعاً للرق، وَطَرَدَ الحناطيُّ الوجهين: في أنه هل كان يحل له نِكَاحُ الأَمَةِ الْكِتَابِيَّةِ؟.

وأما وَطْؤُهَا بملك اليمين، فأظهر الوجهين: حِلُّهُ، وبه أجاب الشَّيْخُ أبو حامدٍ.

وقوله في الكتاب: «وإمساك من كَرِهَتْ نِكَاحَهُ، ونكاح الحرة الكتابية والأمة، على وجه» لم يرِدْ به عود الوجه إلى المسائل الثلاث، وإنما أراد الخلاف في المسألتين الأخيرتين، لكن يمكن رده إلى المسألة الأولى أيضاً؛ لأن في شرح الجويني ذُكِرَ وَجْهٌ غَرِيبٌ أنه كان لا يحرم عليه إمساك من كَرِهَتْ نكاحه، وإنما يفارقها تَكَرُّمَاً.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (أَمَّا التَّخْفِيفَاتُ) فَقَدْ أُحِلَّ لَهُ الوِصَالُ وَصَفِيَّةُ المَغْنَمِ، وَالاسْتِبْدَادُ بِالخُمْسِ، وَدُخُولُ مَكَّةَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ، وَجَعْلُ مِيرَاثِهِ صَدَقَةً.

قال الرَّافِعِيُّ: النوع الثالث: التخفيفات والمباحات، وما أبيح له دون غيره قسمان أيضاً:

أحدهما: القسم الأول: ما يتعلق بغير النكاح، فمنه الوِصَالُ في الصَّومِ فهو مُبَاحٌ[1] للنبي ـ ﷺ ـ مَكْرُوهٌ للأمة على ما مَرَّ في الصَّوْم».

ومنه: اصطفاء ما يختاره من الغنيمة قبل القسمة من جارية وغيرها[2]، ويقال:

---

(١) سبق حديثه في الصيام، وهو في الصحيحين عن أنس وابن عمر وأبي سعيد وأبي هريرة وعائشة، وليس المراد بخصوصيته بإباحته مطلق الوصال، لأن في بعض طرقه: فأيكم أراد فليواصل إلى السحر، ولا ينتهض دليل تحريم الوصال أيضاً وإنما حرف المسألة أنه كان له أن يتقرب به وليس ذلك لغيره، والله أعلم.

(٢) قال الحافظ قوله: ومنه اصطفاء ما يختاره من الغنيمة قبل القسمة من جارية وغيرها إلى أن قال: ومن صفاياه صفية بنت حيي اصطفاها وأعتقها فتزوجها، وذو الفقار، انتهى أما الأول: فروى أبو داود والنسائي من طريق عامر الشعبي مرسلاً قال: كان لرسول الله ﷺ سهم يدعى الصفي إن شاء عبداً، وإن شاء أمة، وإن شاء فرساً يختاره قبل الخمس، ومن طريق ابن عون سألت ابن سيرين عن سهم النبي ﷺ سهم الصفي، قال: كان يضرب للنبي ﷺ بسهم مع المسلمين وإن لم يشهد، والصفي يؤخذ له رأس من الخمس قبل كل شيء، وهذا مرسل أيضاً، وأما الثاني: فقال ابن عبد البر: سهم الصفي مشهور في صحيح الآثار، معروف عند أهل العلم، ولا يختلف أهل السير في أن صفية منه، وأجمعوا على أنه خاص به، انتهى ونقل القرطبي عن بعض العلماء أنه للإمام بعده، وروى أبو داود من طريق هشام عن أبيه عن عائشة قالت: كانت صفية من الصفي، وأخرجه ابن حبان والحاكم، وفي الصحيحين البخاري [٥٠٨٦] مسلم [١٣٦٥] عن أنس أن النبي ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها، وفي البخاري عن عمرو بن أبي عمرو عن أنس في قصة =

لذلك الْمُخْتَارُ: الصفِيُّ والصَّفِيَّةُ، والجمع: الصَّفَايَا.

ومن صفاياه ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ صَفِيَّةُ بِنْتُ حُيَيٍّ، اصطفاها، وأعتقها، وتزوجها، وَذُو الفَقَار. ومنه خمس خمس من الفيء والغنيمة، كان لرسول الله ـ ﷺ ـ.

والاستبدادُ[1] بأَرْبَعَةِ الأخماس من الفيء كانت له ـ أيضاً ـ على ما ذكرنا من «قسم الفيء والغنيمة». ومنه: دُخُولُ مَكَّةَ بغير إِحْرَام، كان مباحاً له، نقله صَاحِبِ «التَّلْخِيصِ» وغيره، وفي حقِّ ٱلأَمَةِ خِلاَفٌ مذكور في «الحَجّ».

ومنه: أنَّ ماله لا يورث روي عنه ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ أنه قال: «إِنَّا مَعَاشِرَ ٱلأَنْبِيَاءِ لاَ نُوَرَثُ»[2]. ثم حكى الإِمامُ وجهين:

أحدهما: أن ما تركه بَاقٍ على ملكه ينفق منه على أهله، كما كان ينفق منه في

= قال: فاصطفاها لنفسه، ومن طريق حماد بن زيد عن ثابت عن أنس كانت صفية في السبي فصارت إلى دحية، ثم صارت إلى النبي ﷺ، ومن طريق عبد العزيز بن صهيب في قصة خيبر، وأخذ دحية صفية، فجاء رجل، فذكر الحديث، فدعاها فقال لدحية: خذ جارية من السبي غيرها، وفي مسلم من طريق حماد بن سلمة عن ثابت عن أنس أنه اشتراها من دحية بسبعة رؤوس، وقال النووي في شرحه: يحمل على أنه اصطفاها لنفسه بعد ما صارت لدحية، جمعاً بين الأحاديث والله أعلم، وقال المنذري: والأولى أن يقال: كانت صفية فيئاً لأنها كانت زوج كنانة بن الربيع، وكانوا صالحوا رسول الله وشرط عليهم أن لا يكتموه عنا، فإن كتموه فلا ذمة لهم، ثم غير عليهم فاستباحهم وسباهم، ذكر ذلك أبو عبيد وغيره، قال: وصفية ممن سبي من نساءهم بلا شك، وممن دخل أولاً في صلحهم، فقد صارت فيئاً لا يخمس، وللإِمام وضعه حيث أراه الله، وأما ذو الفقار فرواه أحمد والترمذي [١٥٦١] وابن ماجة [٢٨٠٨] رواه أحمد [٢٤٤٥] والطبراني [١٠٧٣٣] والحاكم [٣/٣٩] من حديث ابن عباس: أنه ﷺ تنفل سيفه ذا الفقار يوم بدر، وهو الذي رأى فيه الرؤيا يوم أحد، وفي الطبراني عن ابن عباس: أن الحجاج بن عكاظ أهدى لرسول الله ﷺ ذا الفقار، إسناده ضعيف، واعترض على الرافعي هنا بأنه يرى أن غنيمة بدر كانت كلها لرسول الله ﷺ يقسمها برأيه، فكيف يلتئم مع قوله: إن ذا الفقار كان من صفاياه، والكلام في الصفي إنما هو بعد فرض الخمس، وعلى هذا فيحمل قول ابن عباس تنفل بمعنى أنه أخره لنفسه ولم يعطه أحداً.

(١) وفي لفظ الاستبداد شدة في التعبير.

(٢) تقدم في باب القسمة والغنيمة، وهذا اللفظ أيضاً للطبراني في الأوسط، وقال الحميدي في مسنده ناسفيان بن عيينة عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ: إنا معشر الأنبياء لا نورث، ما تركنا فهو صدقة.

قال الحافظ: فائدة نقل ابن عبد البر عن قوم من أهل البصرة منهم إبراهيم ابن علية: أن هذا من خصائص النبي ﷺ، والصحيح أنه عام في جمع الأنبياء لهذا الحديث، وتمسك المذكورون بظاهر قوله تعالى **﴿وورث سليمان داود﴾** وبقوله حكاية عن يعقوب **﴿فهب لي من لدنك ولياً يرثني﴾** وأجيب بأنه محمول على وراثة النبوة والعلم والدين، لا في المال والله أعلم.

حياته. قال: وهذا هو الصَّحِيحُ.

والثاني: أن ما خلفه سبيله سبيل الصدقات؛ لما رُوِيَ أنه ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ قال: «إِنَّا مَعَاشِرَ ٱلأَنْبِيَاءِ لاَ نُورَثُ مَا تَرَكْنَاهُ صَدَقَةٌ» وهذا ما أورده أبو العبَّاسِ الرُّوْيَانِيُّ في «ٱلْجُرْجَانِيَّاتِ»، ثم حكى وجهين في أنه هل يصير وقفاً على ورثته؟ ووجهين لو صار وقفاً من أنه هل هو الواقف بقوله ﷺ: «مَا تَرَكْنَاهُ صُدَقَةٌ»، ويجوز أن يعلم في الكتاب بالواو، لما ذكرنا[١].

قوله في الكتاب: «وجعل ميراثه صدقة»، ثم صاحب الكتاب جعل هذه الخَصْلَةَ من جملة التخفيفات، وكان المعنى فيه أنْ جعله صدقة لا يورث زيادة للقربة[٢]، ورفعة للدرجات[٣]. والأكثرون عدوها من الكرامات وهي من النوع الرابع من خصائصه ـ صلى اللَّهِ عليه وسلم ـ [لا] مما اختص به من التخفيفات. وكان له أن يقضي بعلم نفسه[٤]، وفي غيره قولان مشهوران، وأن يحكم لنفسه ولولده[٥]، وأن يشهد لنفسه ولولده[٦]، وأن يقبل شهادة من يشهد له. ونقل أبو العبَّاسِ الرُّويَانِيُّ في حكمه لنفسه ولولده وجهين.

وكان له أن يحمي لنفسه[٧]، والأئمة بعده لا يحمون لأنفسهم، كما سبق في «إحياء الْمَوَاتِ»، وأن يأخذ الطعام والشراب من المالك، وإن احتاج إليهما[٨]، وعليه البذلُ، ويفدي بمهجته مهجة رسول الله ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ؛ لأنَّ رسول الله ـ

---

(١) قال النووي: كل هذا ضعيف، والصواب الجزم بأنه زال ملكه، وأن ما تركه فهو صدقة على المسلمين لا يختص به الورثة. وكيف يصح غير ما ذكرته مع قوله ﷺ: «لا نورث ما تركناه فهو صدقة»؟ فهذا نص على زوال الملك.

(٢) في أ: القربة. (٣) في أ: الدرجات.

(٤) قال الحافظ: استدل له البيهقي بحديث عائشة في قصة هند بنت عتبة، وقوله لها: خذي من ماله ما يكفيك، وسيأتي الكلام عليه في باب القضاء على الغائب إن شاء الله تعالى.

(٥) قال الحافظ: استدلوا له بعموم العصمة، ويلتحق بذلك حكمه وفتواه في حال الغضب، وقد ذكره النووي في شرح مسلم، ويمكن أن يأخذ الحكم من حديث خزيمة الآتي قريباً.

(٦) قال الحافظ: استدلوا لذلك بقصة خزيمة بن ثابت هي شهيرة أخرجها أبو داود والحاكم، وأعلها ابن حزم؛ وأغرب ابن الرفعة فزعم أنها مشهورة، وأنها في الصحيح، وكأن مراده بذلك ما وقع في البخاري من حديث زيد بن ثابت. قال: فوجدتها مع خزيمة الذي جعل رسول الله ﷺ شهادته بشهادة رجلين، ذكرها في تفسير الأحزاب.

(٧) قال الحافظ: أما حماه لنفسه، فلم أره في شيء من الأحاديث.

(٨) قال الحافظ: لم أرَ وقوع في ذلك شيء من الأحاديث صريحاً، ويمكن أن يستأنس له بأن طلحة وقاه بنفسه يوم أحد؛ وبأن أبا طلحة كان يتقي بترسه دونه، ونحو ذلك من الأحاديث.

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أولى بالمؤمنين من أنفسهم. وكان لا ينتقض وُضوءَهُ بالنَّومِ[(١)].

وذكر أبو العباس فيه وجهاً آخَرَ غريباً، وكذلك حكى وجهين في انتقاض وضوئه باللمس[(٢)]، وفيما حكى صاحب «التلخيص» أنه كان يجوز له أن يدخل المسجد جُنُباً، لم يسلمه القَفَّالُ، وقال: لا أخاله صحيحاً[(٣)]، وأنه كان يجوز له القتل

---

(١) يدل عليه ما في الصحيحين البخاري [١١٤٧ - ٢٠١٣ - ٣٥٦٩]، مسلم [٧٣٨] عن عائشة مرفوعاً: «إن عيني تنامان ولا ينام قلبي» وعن ابن عباس أنه ﷺ قام حتى نفخ، ثم قام فصلى ولم يتوضأ، وفي البخاري في حديث الإسراء من طريق شريك عن أنس: وكذلك الأنبياء تنام أعينهم ولا تنام قلوبهم.

(٢) قال الحافظ: قال النووي في زياداته: المذهب الجزم بانتقاضه، قلت: أجاب به بعض الشافعية على ما أورده عليهم الحنفية في أن اللمس لا ينقض مطلقاً، بأن ذلك من خصائصه، لأن الحنفية احتجوا بأحاديث منها في السنن الكبرى بإسناد صحيح عن القاسم عن عائشة قالت. إن كان رسول الله ﷺ ليصلي، وإني لمعترضة بين يديه اعتراض الجنازة، حتى إذا أراد أن يوتر مسني برجله، وفي البزار من طريق عبد الكريم الجزري عن عطاء عن عائشة: أن رسول الله ﷺ كان يقبل بعض نسائه، ثم يخرج إلى الصلاة ولا يتوضأ، وإسناده قوي، نعم احتج بعض الشافعية بهذا الحديث على أن وضوء الملموس لا ينقض، وهو قول قوي في المذهب.

(٣) قال النووي في زوائده هذا الذي قاله صاحب «التلخيص»، قد يحتج له بما رواه الترمذي [٣٧٢٩] عن عطية عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: «يا علي لا يحل لأحد يجنب في هذا المسجد غيري وغيرك» قال الترمذي: حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه. قال الترمذي: قال ضرار بن صرد، معناه: لا يحل لأحد يستطرقه جنباً غيري وغيرك، وهذا التأويل الذي قاله ضرار، غير مقبول وقال إمام الحرمين: هذا الذي قاله صاحب «التلخيص» هو لا يدري من أين قاله، وإلى أي أصلٍ أسنده. قال: القطع بتخطئته، وهذا كلام من لم يعلم الحديث المذكور، لكن قد يقدح قادح في الحديث بسبب عطية، فإنه ضعيف عند جمهور المحدِّثين، لكن قد حسنه الترمذي، فلعله اعتضد بما اقتضى حسنه كما تقرر لأهل هذا الفن، فظهر ترجيح قول صاحب «التلخيص» والله أعلم.

لعل مراد صاحب التلخيص بالدخول المكث لأنه المحرم على الأمة ونقل عن البيهقي أنه نبه على أن المحرم أنه هو المكث واعترض على ابن القاص وهذا واضح لا إشكال فيه.

قال الشيخ ولي الدين العراقي: إذا شاركه ﷺ في ذلك علي رضي الله عنه لم يكن من الخصائص.

وقد يقال من الخصائص بالنسبة لباقي الأمة قال الحافظ معقباً على كلام النووي السابق: ويمكن أن يدعي أن ذلك خاص بمسجده فلا يحل لأحد أن يستطرقه جنباً ولا حائضاً إلا النبي ﷺ وكذلك علي لأن بيته كان مع بيوت النبي ﷺ، ويدل على ذلك قول ابن عمر في الصحيح للذي سأله عن علي: انظر إلى بيته، وروى النسائي من حديث ابن عباس في فضائل علي قال: وكان يدخل المسجد وهو جنب، وهو طريقه ليس له طريق غيره، وضعف بعضهم حديث أبي سعيد بأن راويه عنه عطية وهو ضعيف، وفيه سالم بن أبي حفصة وهو ضعيف أيضاً، وأجيب بأنه يقوي بشواهده، ففي مسند البزار من حديث خارجه بن سعد عن أبيه ما يشهد له، وفي ابن ماجة =

بعد الأمان[١]، وخطئوه فيه. وقالوا: من يحرم عليه خائنة الأعْيُنِ كيف يجوز له قَتْلُ من أمَّنَهُ؟!.

وأنه كان يجوز له لَعْنُ من شاء من غير سَبَبٍ يقتضيه؛ لأن لعنته رحمة، واستبعده الأئمةُ أيضاً.

نعم روي عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ عن النَّبيِّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ قَالَ: «اللَّهُمَّ إِنِّي اتَّخَذْتُ عِنْدَكَ عَهْدَاً لَنْ تُخْلِفَنِيهِ، فَإِنَّمَا أَنَا لَبَشَرٌ، فَأَيُّ الْمُؤْمِنِينَ آذَيْتُهُ أَوْ شَتَمْتُهُ أَوْ لَعَنْتُهُ، فاجْعَلْهَا لَهُ صَلاَةً، وَزكَاةً وَقُرْبَةً تُقَرِّبُهُ بِهَا إِلَيْكَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»[٢].

فمن شتمه، أو لعنه جعل ذلك قربة له بدعائه ـ صَلَّى اللَّهَ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ وهذا قَرِيبٌ من جعل الْحُدُودَ كفارات لأهلها[٣]، واللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: والزِّيَادَةُ عَلَى أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وَفِي الزِّيَادَةِ عَلَى التِّسْعِ خِلاَفٌ، وَكَذَا فِي فِي انْحِصَارِ طَلاَقِهِ فِي الثَّلاَثِ، وَيَنْعَقِدُ نِكَاحُهُ بِلَفْظِ الهِبَةِ وَبِغَيْرِ مَهْرٍ، وَإِذَا وَقَعَ بَصَرُهُ عَلَى امْرَأَةٍ فَرَغِبَ فِيهَا وَجَبَ عَلَى الزَّوْجِ طَلاَقُهَا لِيَنْكِحَهَا، وَفِي انْعِقَادِ نِكَاحِهِ بِغَيْرِ وَلِيٍّ وَشُهُودٍ وَفِي الإِحْرَامِ خِلاَفٌ (و)، وَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ القَسْمُ فِي زَوْجَاتِهِ.

قال الرَّافِعِيُّ: القسم الثاني من التخفيفات مما يتعلق بالنكاح:

فمنه: الزيادة على أَرْبَعِ نِسْوَةٍ:

= والطبراني من حديث أم سلمة مرفوعاً: إن هذا المسجد لا يحل لجنب ولا حائض، وأخرجه البيهقي بلفظ: ، إن مسجدي حرام على كل حائض من النساء، وجنب من الرجال إلا على محمد وأهل بيته.

(١) قال الحافظ: لم أرَ لذلك دليلاً.

(٢) هو حديث صحيح أخرجه مسلم هكذا من طريق الأعرج عنه، وفي الصحيحين البخاري [٦٣٦١] مسلم [٢٦٠١] من طريق سعيد بن المسيب عن أبي هريرة بلفظ: اللهم فأيما مؤمن سببته، فاجعل ذلك له قربة يوم القيامة، وفي الباب عن جابر أخرجه مسلم بلفظ: إنما أنا بشر وإني اشترطت على ربي أي عبد من المسلمين سببته أو شتمته أن يكون ذلك له زكاة وأجراً، وفي رواية: ورحمة، بدل: وأجراً، وعن عائشة وأنس أخرجه مسلم أيضاً، وعن أبي سعيد عند أحمد بن حنبل.

(٣) قال الحافظ: فيه حديث عبادة: فمن أصاب من ذلك شيئاً فعوقب به فهو كفارة له، مخرج في الصحيحين، وعند أبي داود من حديث أبي هريرة مرفوعاً: لا أدري الحدود كفارات لأهلها أم لا، وأجيب عنه بأنه علم ذلك بعد أن كان لا يعلمه، فإما أن يكون أبو هريرة أرسله، وإما أن يكون حديث عبادة متأخراً.

مات رسولُ اللَّهِ - ﷺ - عن تسع[١] وهل كان له الزيادةُ على تسع[٢]؟ فيه وجهانِ:

---

(١) قال الحافظ: هو أمر مشهور لا يحتاج إلى تكلف تخريج الأحاديث فيه، وهن عائشة ثم سودة ثم حفصة ثم أم سلمة ثم زينب بنت جحش ثم صفية ثم جويرية ثم أم حبيبة ثم ميمونة، واختلف في ريحانة هل كانت زوجة أو سرية، وهل ماتت في حياته أو بعده، ودخل أيضاً بخديجة ولم يتزوج عليها حتى ماتت، وبزينب أم المساكين وماتت في حياته قبل أن يتزوج صفية ومن بعدها وأما حديث أنس أنه تزوج خمس عشرة، ودخل منهن بإحدى عشرة، ومات عن تسع فقد قواه أيضاً في المختارة، وفي بعضه مغايرة لما تقدم، وأما من عقد عليها ولم يدخل بها، أو خطبها ولم يعقد عليها، فضبطنا منهن نحواً من ثلاثين امرأة، وقد حررت ذلك في كتابي في الصحابة.

(٢) الحكمة في تعدد زوجات الرسول ﷺ أكثر مما أباحه القرآن للمسلمين.

كثر القيل والقال في أمر تعدد زوجات الرسول عليه السلام وتساءل الناس كيف ساغ للرسول أن يتزوج تسعاً. وقد حرمت الشريعة ما زاد على الأربع. وهكذا تطاولوا على ذلك المقام المقدس مقام النبوة. كل شبهتهم تنحصر في أن من على القانون يختلجه الشك والريب إذا رأى أن المشرع قد اختص بما لم يبحه لغيره. وكيف يتزوج الرسول تسعاً ويمنع غيره مما زاد على الأربع. وسنن الأنبياء تأبى ذلك. ألم ترَ إلى ما حكى الله عن شعيب «وما أريد أن أخالفكم إلى ما أنهاكم عن إن أريد إلا الإِصلاح ما استطعت» وها هنا المخالفة واضحة.

واستعصى عليهم فهم جواز مخالفة القانون ولو بحجة الخصوصية. وها نحن نذكر ما فيه الكفاية لرد الشبهة وإزالة الإِلباس وبيان الحكمة بدليل مقنع وحجة اضحة.

«تعادل المساواة بين ما أبيح للرسول وما أبيح المؤمنين».

حرم الله على الرسول أن يتزوج غير ما أبيح له الجمع منهن وأن يستبدل بهن من أزواج. وكان للمسلم بكل من الأربعة غيرها بحيث يتزوج غيرها ويطلقها والرسول محرم عليه ذلك قال تعالى: **﴿لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج ولو أعجبك حسنهن إلا ما ملكت يمينك﴾**.

قال البيضاوي لا يحل لك النساء بعد اليوم حتى لو ماتت إحداهن لم يحل له نكاح أخرى.

وقال ابن عباس إن النبي ﷺ لما خيرهن فاخترن الله ورسوله شكر لهن ذلك وحرم عليه النساء سواهن ونهاه عن تطليقهن وعن الاستبدال بهن. فتبين منه أن القانون قد اشتدت وطأته على النبي ﷺ فجعل لهن أن يأمن الطلاق والاستبدال وسواهن لا يأمن طلاقاً أو استبدالاً. فكثرة العدد له ﷺ تقابل الحصر والمنع وقلة العدد عند المسلمين مقرونة بالتوسعة استبدالاً وطلاقاً فلئن ضيق على المسلمين في الكم فقد ضيق عليه في الكيف ولكن وسع عليه في الكم فقد وسع عليهم في الكيف فالمساواة متعادلة ضيقاً وسعة. وإذا نظرنا إلى ما تقدم أمكننا أن نحكم بأن هناك مساواة حقيقية بين ما أبيح للرسول وما أبيح لسائر المؤمنين. بل أكثر من هذا يمكن القول بأن ما أبيح لغيره أوسع دائرة مما أبيح له عليه السلام. كيف وقد روينا فيما تقدم أن سيدنا الحسن بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهما تزوج بطريق الاستبدال أكثر من مائتي امرأة والله يقول في حق الرسول **﴿لا يحل لك النساء﴾** الآية.

ولنا أن نقول إن إباحة الجمع له ﷺ من قبيل الخصوصية وإنه راعى المصلحة في اختيار كل زوجة من أزواجه عليهن الرضوان في التشريع والتأديب فجذب إليه كبار القبائل بمصاهرتهم وعلم=

. . . .

= أتباعه احترام النساء وإكرام كرائمهن والعدل بينهن وقرر الأحكام بذلك وترك من بعده أمهات للمؤمنين يعلمن نساءهم من الأحكام ما يليق بهن مما ينبغي أن يتعلمنه من النساء دون الرجال ومما سنذكره من الحكمة الخاصة والعامة بتعدد زوجات الرسول يتبين أنه لم يكن يريد بالتعدد ما أراده الملوك والأمراء من التمتع بالهلال والجري وراء الشهوة ولو كان يريد ذلك لاختار حسان الأبكار على أولئك الثيبات المكتهلات كما قال لمن اختار ثيباً «هلا بكراً تلاعبها وتلاعبك».

«الحكمة في اختيار كل زوجة من أمهات المؤمنين»

السيدة خديجة: تزوجه لها جاء على مقتضى الفطرة فالحكمة في اختيارها ظاهرة.

السيدة سودة بنت زمعة: تزوجها الرسول بعد وفاة السيدة خديجة والحكمة في اختيارها أن زوجها توفي بعد الرجوع من هجرة الحبشة الثانية وكانت رضي الله عنها من المؤمنات المهاجرات الهاجرات لأهلهن خوف الفتنة ولو عادت لأهلها بعد وفاة زوجها «وكان ابن عمها» لعذبوها وفتنوها فكفلها ﷺ وكافأها بهذه المنة العظيمة.

السيدة عائشة تزوجها بعد شهر من زواجه بالسيدة سودة والحكمة في اختيارها هي إكرام صاحبه ووزيره ورفيقه في الجنة أبي بكر الصديق وإقراره عينه بهذا السرور العظيم.

السيدة حفصة: وتزوجها الرسول بعد وفاة زوجها جنيث بن حذافة ببدر والحكمة في اختيارها كالحكمة في اختياره للسيدة عائشة وهي إكرام عمر بن الخطاب رضي الله عنه ومنزلته في الإسلام غير خافية والذي بلغه مرة أن النبي ﷺ طلقها فحشى التراب على رأسه وقال: «ما يعبأ الله بعمر وابنته بعدها».

السيدة زينب بنت جحش: تزوجها بعد طلاق زيد إياها والحكمة في اختيارها تعلو كل حكمة وهي إبطال تلك البدع الجاهلية التي كانت لاحقة ببدعة التبني كتحريم التزوج بزوجة المتبني بعدة وغير ذلك.

السيدة زينب بنت خزيمة: كانت متزوجة بعبد الله بن جحش الذي قتل في واقعة أُحد والحكمة في تزوجها أن هذه المرأة كانت من فضليات النساء في الجاهلية حتى كانوا يدعونها أم المساكين ليرهابهم وعنايتها بنسائهم فكافأها ﷺ على فضائلها بعد مصابها في زوجها بذلك فلم يدعها أرملة تقاسي الذل الذي كانت تجير منه الناس وقد ماتت في حياته ﷺ.

السيدة أم سلمة: واسمها هند وهي زوج أبي سلمة عبد الله بن عبد الأسد ابن عمة الرسول «برة بنت عبد المطلب» وأخوه من الرضاعة وكانت هي وزوجها أول من هاجر إلى الحبشة. مات أبو سلمة ومعها أربع بنات هن برة وسلمة وعمرة ودرة فآواها النبي ﷺ بعد أن اعتذرت إليه وقالت إني امرأة مسنة وأم أيتام وأني شديدة الغيرة فأجابها على لسان رسوله بقوله: «الأيتام أضمهم إليّ وأدعو الله أن يذهب عن قلبك الغيرة ولم يعبأ بالسن. بل كانت تلك المزهرات والعقبات من أقوى الدواعي للإسراع في طلبها عطفاً عليها ورحمة ببناتها وصلة لرحمها ومعرفة بحق أخيه من الرضاعة وإيواءه الصغار من بعده.

السيدة أم حبيبة: وهي رحلة بنت أبي سفيان بن حرب نبذت دين أبيها وأمها وهاجرت مع زوجها عبد الله بن جحش إلى أرض الحبشة الهجرة الثانية فولدت له حبيبة وبها تكنى فتنصر زوجها هناك. أما هي فقد ثبتت على الإسلام فانظر إلى إسلام امرأة يكافح أبوها النبي ﷺ ويتنصر زوجها=

أحدهما: لا؛ لأن ٱلأَصْلَ استواء النبي - ﷺ - والأمة في الحكم إلاَّ أنه ثبت جواز الزيادة إلى تِسْعٍ، فيقتصر عليه.

وأصحهما: الجواز؛ لأنه مَأْمُونٌ الجور، وقطع بعضهم بهذا الوجه وفي انحصار طلاقه في الثلاث وجهان، كالوجهين في انحصار عدد زوجاته، ورأى صاحب «التَّهْذِيبِ» الصَّحِيْحُ الانحصار كما في حَقِّ ٱلأَمَةِ.

= وهي معه في هجرة معروف سببها أمن الحكمة أن تضيع هذه المؤمنة الموقتة بين فتنتين أم من الحكمة أن يكفلها من تصلح له وهو أصلح لها.

السيدة صفية: وهي بنت حي بن أخطب سيد بن النضير وقد قتل أبوها مع بني قريظة وقتل زوجها يوم خيبر وكان أخذها دحية الكلبي من سبي خيبر. فقال الصحابة يا رسول الله «إنها سيدة بني قريظة والنضير لا تصلح إلا لك» فاستحسن رأيهم وأبى أن تذل هذه السيدة بأن تكون أسيرة عند من تراه دونها واصطفاها وأعتقها وتزوجها.

السيدية جويرية: وهي برة بنت الحارث سيد قومه بني المصطلق والحكمة في تزوجها هي أن المسلمين أسروا من قومها مائتي بيت بالنساء والذراري فأراد ﷺ أن يعتق المسلمون هؤلاء الأسرى فتزوج بسيدتهم فقال الصحابة عليهم الرضوان «أصهار رسول الله لا ينبغي أسرهم وأعتقوهم» فأسلم بني المصطلق لذلك أجمعون وصاروا عوناً للمسلمين بعد أن كانوا محاربين لهم وعوناً عليهم وكان لذلك أثر حسن في سائر العرب.

السيدة ميمونة: واسمها برة فسماها ﷺ ميمونة وهي بنت الحارث الهلالية والذي زوجها له عمه العباسي رضي الله تعالى عنه وكانت جعلت أمرها إليه بعد وفاة زوجها الثاني أبي رِهم بن عبد العزى وهي خالة عبد الله بن عباس وخالد بن الوليد ولعل الحكمة في تزوجه بها تشعب قرابتها في بني هاشم وبني مخزوم. «الحكمة الإجمالية في استكثاره ﷺ من النساء»

ذكر العلماء في الحكمة الإجمالية لتعدد زوجات الرسول عشرة أوجه.

أن يكثر من يشاهد أحواله الباطنة فينتفي عنه ما يظن به المشركون من أنه ساحر وغير ذلك.

لتتشرف به قبائل العرب بمصاهرته فيهم. للزيادة في تألفهم.

للزيادة في التكليف حيث كلف ألا يشغله ما حبب إليه منهن عن المبالغة في التبليغ.

لتكثر عشيرته من جهة نسائه فتزداد أعوانه على من يحاربه.

نقل الأحكام الشرعية التي لا يطلع عليها الرجال لأن أكثر ما يقع مع الزوجة مما شأنه أن يختفي مثله.

الاطلاع على محاسن أخلاقه الباطنة فقد تزوج أم حبيبة وأبوها إذ ذاك يعاديه والسيدة صفية بعد قتل أبيها وعمها وزوجها فلو لم يكن أكمل الخلق في خلقه لنفرت منه بل الذي وقع أنه كان أحب إليهن من جميع أهلهن.

خرق العادة له عليه السلام في كثرة الجماع مع التقليل في المأكل والمشرب وكثرة الصيام وقد أمر من لم يقدر على مؤن النكاح بالصوم وأشار إلى أن كثرته تكسر شهوته فانخرقت هذه العادة في حقه عليه السلام.

تحصينهن والقيام بحقوقهن.

ومنه في انعقاد نكاحه بلفظ الهبة[١] وجهان:

أحدهما: المنع، كما في حَقِّ ٱلأَمَةِ.

وأظهرهما: وهو المذكور في الكتاب: الانعقاد؛ لقولِهِ تَعَالَى: ﴿**وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ**﴾ الآية [الأحزاب: ٥٠].

وعلى هذا لا يجب الْمَهْرُ بالعقد، ولا بالدخول كما هو قضية الهبة، وَهَلْ يُشْتَرَطُ لَفْظُ النِّكَاحِ من جِهَةِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -؟ في وجه: لا يشترط كما لا يشترط من جهة الواهبة. وفي وجه: يشترط لظاهر لقوله تعالى: ﴿**أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا**﴾ [الأحزاب: ٥٠]، وهذا أرجح عند الشيخ أبي حَامِدٍ، هذا في انعقاده بلفظ الهبة.

قال ٱلأَصْحَابُ: وينعقد نكاحه بمعنى الهبة؛ حتى لا يجب المهر ابتداءً ولا انتهاءً. وفي «المجرد» للحَنَّاطيِّ وغيره وجه غريب أنه يجب المهر، وخاصية النبي - ﷺ - هي الانعقاد بُلفظ الهبة[٢].

ومنه: إذا رغب النَّبِيُّ - ﷺ - في نكاح امرأة فإن كانت خَلِيَّةً فعليها الإِجَابَةُ، ويحرمُ على غيره خِطْبَتِهَا، وفيه وَجْهُ، نقله القاضي ابن كَجٍّ.

وإن كانت ذات زَوْجٍ، وجب على الزوج طلاقها؛ لينكحها وفي شرح «الجويني» وجهٌ: أنه لا يجب، وهو كوجه القاضي ابنِ كَجٍّ في الْخَلِيَّةِ واسْتَشْهَدَ صَاحِبُ «الْكِتَابِ» في «الْوَسِيطِ» على وجوب التطليق على الزوج بِقِصَّةِ زَيْدٍ - رضي

---

(١) قال في الخادم اختلفوا هل كان تحته امرأة موهوبة على وجهين بناهما الماوردي والروياني على اختلاف القراءتين في قوله تعالى: ﴿**إن وهبت نفسها للنبي**﴾ من قرأ بالكسر قال لم يكن وبه قال مجاهد ومن قرأ بالفتح وهو خبر عما مضى قال: كانت عنده وعلى هذا فاختلفوا في تعيينها هل هي خولة بنت حكيم أو ميمونة أو زينب الأنصارية أم شريك: أقوال.

(٢) قال الحافظ: قد ذكر الرافعي في أواخر الكلام أن أكثر المسائل التي ذكرها هناك مخرجة على أصل، وهو أن النكاح في حقه هل هو كالتسري في حقنا، إن قلنا نعم، لم ينحصر عدد منكوحاته إلى آخر كلامه، قلت: ودليل هذا الأصل وقوع الجواز في الزيادة على الأربع، والباقي ذكروه إلحاقاً، والله أعلم.

فائدة: اختلف في الواهبة فقيل: خولة بنت حكيم وقع ذلك في رواية أبي سعيد المؤدب عن هشام بن عروة عن أبيه، عن عائشة أخرجه البيهقي وابن مردويه، وعلقه البخاري ولم يسق لفظه، وبه قال عروة وغيره، وقيل، أم شريك رواه النسائي من طريق حماد بن سلمة عن هشام عن أبيه عن أم شريك وبه قال علي بن الحسين والضحاك ومقاتل، وقيل: هي زينب بنت خزيمة أم المساكين قاله الشعبي، وروي ذلك عن عروة أيضاً، وقيل ميمونة بنت الحارث روي ذلك عن ابن عباس وقتادة.

اللَّهُ عنه[١] - قال، ولعل السِّرَ فيه من جانب الزَّوْجِ امتحان إِيْمَانِهِ بتكليفه النُّزُولَ عن أَهْلِهِ، ومن جانب النَّبِيِّ - صلى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - ابتلاؤه ببلية التَّسْرِيَةِ، ومنعه من خَائِنَةِ الأَعْيُنِ، ومن الإِضمار الذي يخالف الإِظْهَارَ، ولا شَيءَ أَدْعَى إلى غَضٍّ البصر من هذا التكليف.

قال: وهذا مما أورد في التخفيفات، وعندي أنه غَايَةُ التَّشْدِيدِ؛ إذ لو كلف بهذا آحاد الناس لما فتحوا أعينهم في الشوارع والطرق.

ومنه: في انعقاد نكاحه بغير وَلِيٍّ ولا شهود وَجْهَانِ:

وَجْهُ الْمَنْعِ عموم قوله - صلى اللَّهُ عليه وسلم -: «لاَ نِكَاحَ إِلاَّ بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَذْلٍ»[٢].

وأصحهما: الانعقاد؛ لأن اعتبار الولي المحافظة على الكَفَاءَة، ولا شك أنه فوق الأكفاء، واعتبار الشهود للأمن من الجحود، وَالنَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لا يجحد، ولو جَحَدَتْ هي لم يلتفت إلى قولها على خلاف قوله.

ومنه: في انعقاد نكاحه في الإِحرام وجهان:

في وجه: ينعقد لما رُوِيَ أنه - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «نكح مَيْمُونَةَ محرماً»[٣].

وفي وَجْهٍ: لا، كما لا يحل له الوطء في الإِحرام، وَنِكَاحُ مَيْمُونَةَ في أكثر الروايات جَرَى، وهو حَلاَلٌ. وكلام النَّقَلَةِ بترجيح الأول أشبه.

ومنه: في وجوب القسم عليه في زوجاته وجهان:

أحدهما: وبه قال الإِصْطَخْرِيُّ - لا يجب لقوله تعالى: ﴿تُرْجِي مَنْ تَشَاءُ مِنْهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٥١] الآية.

والآخر: أنه يجب، لأنه كان يُطَافُ به في المرض على نسائه، وكان - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يقول: «هَذَا قَسمِي فِيْمَا أَمْلِكُ، فَلاَ تُؤَاخِذْنِي فِيمَا لاَ أَمْلِكُ»[٤].

---

(١) أخرجه البخاري ومسلم من حديث أنس مطولاً، ومسلم من حديث عائشة مختصراً، قوله: كان يجوز له تزويج المرأة ممن شاء بغير إذنها، وإذن وليها، فيه قصة زينب بنت جحش.

(٢) سيأتي قريباً.

(٣) متفق عليه من حديث ابن عباس وقد تقدم في الحج.

(٤) رواه أحمد [٦/ ١٤٤] والدارمي وأصحاب السنن أبو داود [٢١٣٤] الترمذي [١١٤٠] النسائي [٧٠/ ٦٤] ابن ماجة [١٩٧١] وابن حبان [١٣٠٥] موارد والحاكم [٢/ ١٨٧] عن عائشة، وأعله النسائي والترمذي والدارقطني بالإرسال، وقال أبو زرعة: لا أعلم أحداً تابع حماد بن سلمة على وصله.

والأول: هو المذكور في الكتاب، لَكِنَّ الثَّانِي أصبح عند الشيخ أبي حَامِدٍ والعراقيين، وتابعهم صاحب «التَّهْذِيبِ»، وحملوا قوله تعالى: **﴿تُرْجِي مَنْ تَشَاءُ مِنْهُنَّ﴾** [الأحزاب: ٥١] على إباحة التَّبَدُّلِ بِهِنَّ بعد التحريم.

وأكثر هذه المسائل، وأخواتها يتخرج على أصل اختلف فيه الأصحاب، وهو أنَّ النِّكَاحَ في حَقِّهِ هل هو كالتَّسَرِّي في حقنا؟.

إنْ قُلْنَا: نَعَمْ، لم يَنْحصِرْ عدد منكوحاته ولا طلاقه، وانعقد نكاحه بلفظ الهبة.

ومعناها: بغير ولي، وشهود وفي الإِحرام.

ولم يجب عليه الْقَسَمُ، وإلاَّ انعكس الحكمُ، ويجوز أن يعلم لفظ الخلاف من قوله: «وفي الزيادة على التِّسْعِ خلاف»، بالواو لقطع من قطع بالجواز.

وأن يعلم قوله: «وينعقد نكاحه بلفظ الهبة، وبغير الْمَهْرِ» بالواو.

وكذا قوله: «وجب على الزوج طلاقها». وقوله: «ولم يجب عليه القسم في زوجاته». هذا شَرْحُ ما في الكتاب من الْمَسَائِلِ.

ومما يدخل في هذا القسم، أنه كان يجوز للنَّبِيِّ ـ صلى اللَّهُ عليه وسلم ـ تزويج الْمَرْأَةِ مِمَّنْ شاء بغير إذنها وإذن وليها، ويزوجها من نفسه، ويتولى الطرفين بغير إذنها وإذن وليها. قال الحنَّاطِيُّ رحمه الله: ويحتمل أن يُقَالَ: لا يجوز إلاَّ بإذنها، وكان يحل له نكاح الْمُعْتَدَّةِ في أحد الوجهين[(١)].

وهل كان يلزمه نفقات زوجاته؟. فيه وجهان[(٢)]: بناءً على الخلاف المهر.

وكانت المرأة تحل له بتزويج اللَّهِ تعالى، قال اللَّهِ تعالى في قِصَّةِ زَيْنَبَ ـ رضي اللَّهُ عنها ـ: **﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنهَا وَطَراً زَوَّجْنَاكَهَا﴾** [الأحزاب: ٣٧]، وقيل: إنه نكحها بنفسه وقوله تعالى: **﴿زَوَّجْنَاكَهَا﴾** أي: أحللنا لك نكاحها.

وأعتق النَّبِيُّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ صَفِيَّةَ ـ رضي الله عنها ـ ونكحها، وجعل عِتْقَهَا صَدَاقَهَا[(٣)]، فمن الأصحاب من قال: أعتقها على شرط أن ينكحها، فلزمها الوفاء بخلاف ما في حقِّ الأَمَةِ.

---

(١) قال النووي: هذا الوجه حكاه البغوي، وهو غلط لم يذكره جمهور الأصحاب، وغلَّطوا من ذكره. بل الصواب القطع بامتناع نكاح المعتدة من غيره. والله أعلم.

(٢) الصحيح الوجوب والله أعلم.

(٣) متفق عليه البخاري [٥٠٨٦] مسلم [١٣٦٥] عن أنس وقد مضى قوله: منهم من قال: أعتقها على شرط أن ينكحها فلزمها الوفاء به بخلاف باقي لأمة قلت: هو ظاهر حديث أنس في الصحيحين في قوله: أصدقها نفسها، لكن ليس فيه أنه من خصائصه.

وقيل: جعل نفس العتق صداقاً، وجاز له ذلك بخلاف ما في حق ٱلأَمَةِ[١].

ورأيت بخط بعض ٱلْمُصَنِّفِينَ عن أبي الحسين بن ٱلْقَطَّانِ [في] أنه هل كان يجوز له الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها، بناءً على أن المخاطب هل يدخل في الخطاب، وأنه كان لا يَجُوزُ له الجمع الأختين، لأن خطاب اللّهِ ـ جل اسْمُهُ ـ يدخل فيه النَّبيُّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ وأمته وذكر الحنَّاطِيُّ وجهاً بعيداً في الجمع بين ٱلأُخْتَيْنِ أيضاً، وكذا في الجمعع بين الأُمِّ وَابْنَتِهَا.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَنِسَاؤُهُ بَعْدَ وَفَاتِهِ مُحَرَّمَاتٌ عَلَى غَيْرِهِ لأَنَّهُنَّ أُمَّهَاتُ المُؤْمِنِينَ، وَمُطَلَّقَةُ المَدْخُولُ بِهَا مُحَرَّمَةٌ عَلَى غَيْرِهِ، وَغَيْرُ المَدْخُولِ بِهَا مُحَلَّلَةٌ.

قال الرَّافِعِيُّ: النَّوْعُ الرَّابعُ مما اختص به رَسُولُ اللّهِ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ من الفضائل والكرامات. فمن خصائصه في النِّكَاح أنَّ زوجاته اللاتي تَوَفَّى عَنْهُنَّ في النِّكاح مُحَرَّمَاتٌ على غيره أبداً، قال اللَّهُ تعالى: **﴿وَمَا كَانَ لَكُمْ أَنْ تُؤْذُوا رَسُولَ اللَّهِ وَلاَ أَنْ تَنْكِحُوا أَزْوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبَداً﴾** [الأحزاب: ٥٣]. وفي التي فارقها في حياته كالتي وجد بكشحها بَيَاضاً فَرَدَّهَا[٢] وَكَالْمُسْتَعِيذَةِ ثلاثة أَوْجُهٍ:

---

(١) قال النووي: وقيل: معناه: أعتقها بلا عوض، وتزوجها بلا مهر لا في الحال ولا في ما بعدُ، وهذا أصح. والله أعلم.

(٢) أخرجه الحاكم [٤/ ٣٤] في المستدرك من حديث كعب بن عجرة، وفيه: أنها من بني غفار قال الحافظ: وفي إسناده جميل بن زيد وقد اضطرب فيه وهو ضعيف، فقيل عنه هكذا، وقيل عن ابن عمر، وقيل عن زيد بن كعب أو كعب بن زيد، وأخرجه ابن عدي والبيهقي، وقال الحاكم: اسمها أسماء بنت النعمان، وقلت: والحق أنها غيرها، فإن بنت النعمان هي الجونية كما مضى حديث الأشعث بن قيس: أنه نكح المستعيذة في زمان عمر بن الخطاب، فأمر برجمها فأخبر أن النبي ﷺ فارقها قبل أن يمسها، فخلاهما، هذا الحديث تبع في إيراده هكذا الماوردي والغزالي وإمام الحرمين والقاضي الحسين، ولا أصل له في كتب الحديث، نعم روى أبو نعيم في المعرفة في ترجمة قتيلة من حديث داود عن الشعبي مرسلاً، وأخرجه البزار من وجه آخر عن داود عن عكرمة عن ابن عباس موصولاً، وصححه ابن خزيمة والضياء من طريقه في المختارة: أن النبي ﷺ طلق قتيلة بنت قيس أخت الأشعث، طلقها قبل الدخول، فتزوجها عكرمة بن أبي جهل، فشق ذلك على أبي بكر، فقال له عمر: يا خليفة رسول الله إنها ليست من نسائه، لم يجزها النبي ﷺ، وقد برأها الله منه بالردة، وكانت قد ارتدت مع قومها ثم أسلمت، فسكن أبو بكر، وروى الحاكم من طريق هشام بن الكلبي عن أبيه عن أبي صالح عن ابن عباس قال: خلف على أسماء بنت النعمان المهاجر ابن أبي أمية، فأراد عمر أن يعاقبها، فقالت: والله ما ضرب على الحجاب، ولا سميت أم المؤمنين، فكف عنها، وروى الحاكم بسنده إلى أبي عبيدة معمر بن المثنى: أنه تزوج حين قدم عليه وفد كندة قتيلة بنت قيس أخت الأشعث، ولم تدخل عليه، فقيل: إنه أوصى أن تخير فاختارت النكاح، =

أَحَدُهَا: أنها محرمة أيضاً، لقوله تعالى: ﴿وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ﴾ [الأحزاب: ٦] ويحكى هذا عن نَصِّهِ في «أحكام القرآن»، وبه قال ابنُ أَبِي هُرَيْرَةَ.

والثاني: لا تحرم لإِعراض النَّبِيِّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ عنها، وانقطاع الاعتناء بها.

والثَّالِثُ: وَبِهِ قال الشيخ أَبو حَامِدٍ وَذَكَرَ الشَّيْخُ أبو حَامِدٍ أنه الصحيح[1]: إِنْ كانت مَدْخُولاً بها حُرِّمَتْ، وإلاَّ فلا؛ لما روي عن الأشعث بن قيس نكح المستعيذة في زمان عُمَرَ ـ رضي اللَّهُ عنه ـ، فَهَمَّ برجمهما، فَأُخْبِرَ أَنَّ النَّبِيَّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ فارقها قبل أن يَمَسَّهَا فخلاهما.

وهذه الأوجه في غير المُخَيَّرَاتِ، وأما المخيرات لو قدر اختيار بعضهن زينة الدنيا ففارقها، فهل يحل للأزواج؟ طَرَدَ أصحابنا العراقيون فيه الأوجه الثَّلاَثَةَ.

وقال أبو يَعْقُوبَ الأبيوردي وآخرون: نحل لا محالة، وإلاَّ لم يتمكن من غرضها من زينة الدنيا، ولما كان للتخيير معنى، وبهذا أخذ الإِمَامُ وصاحب الكتاب رحمهما الله. وإذا قلنا بتحريم من فارقها، ففي أَمَتِهِ الموطوءة إذا فارقها بالموت، أو غيره وجهان:

ومنها: أن زوجاته أمهات المؤمنين سواء فيه من ماتت تحت النبي ـ ﷺ ـ ومن مات النبي ـ ﷺ ـ وهي تحته، وذلك في تحريم نِكَاحِهِنَّ ووجوب احترامهن، وطاعتهن، لا في النظر إليهن والخُلْوَةِ والمسافرة بهن، ولا يقال: لِبَنَاتِهِنَّ: إنهن أخوات المؤمنين؛ ألا ترى أنهن لا يحرمن على المؤمنين.

وكذلك لا يُقَالُ لآبائهن وأمهاتهن: أجداد المؤمنين وجداتهم، ولا لإِخواتهن وأخواتهن: أخوال المؤمنين وخالاتهم، وحكى أَبُو الْفَرَجِ الزاز وجهاً: أنه يطلق اسم الأخوة على بَنَاتِهِنَّ، واسم الخئولة على إِخْوَانِهِنَّ وأخواتهن، لثبوت حُرْمَةِ الأُمُومَةِ لهن، وهذا كما أن المسلمات كلهن أخوات أحد المسلمين بالإِسلام، وذلك لا يوجب تحريم

= فتزوجها عكرمة بن أبي جهل بحضرموت، فبلغ ذلك أبا بكر، فقال: لقد هممت بأن أحرق عليهما، فقال عمر: ما هي من أمهات المؤمنين ولا دخل بها ولا ضرب عليها الحجاب. فسكن، وروى البيهقي بإسناده إلى الزهري قال: بلغنا أن العالية بنت ظبيان التي طلقها تزوجت قبل أن يحرم الله نساءه، فنكحت ابن عم لها وولدت فيهم، قوله: ولا يقال لبناتهن أخوات المؤمنين، ولا لأخواتهن خالات المؤمنين، قلت: فيه أثر عن عائشة قالت: أنا أم رجالكم، ولست أم نسائكم، أخرجه البيهقي، قوله: وأما غيرهن فيجوز أن يسألن مشافهة بخلافهن، قلت: إن كان المراد السؤال عن العلم فمردود، فإنه ثابت في الصحيح أنهم كانوا يسألون عائشة عن الأحكام والأحاديث مشافهة، أو لعله أراد بقوله مشافهة مواجهة فيتجه، والله أعلم.

(١) قال النووي: الأول أرجح والله أعلم.

النّكاح، وهذا ظاهر لفظ «المختصر»[١].

ومنها: تفضيل زوجاته على سائر النساء[٢]، وجعل ثوابهن وعقابهن على الضِّعْفِ، قال في «التهذيب»: ولا يَحِلُّ لأحد أن يسألهن شيئاً إلاَّ من وراءِ حجاب، لقوله تعالى: **﴿وإذا سألتموهن متاعاً فاسألوهن من وراء حجاب﴾** [الأحزاب: ٥٣] [الآية] وأما غَيْرهُنَّ، فيجوز أن يُسْأَلْنَ مُشَافَهَةً[٣].

ومن فضائله وخصائصه ـ صَلَّى اللَّهَ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ في غير النكاح أنه خاتم النبيين ـ صَلَوَاتُ اللَّهِ عليه ـ وَأُمَّتُهُ خَيْرُ ألأمَمِ، وأنَّ شريعته نَسَخَتِ الشَّرَائِعَ وجعلت مؤبدة وجعل كتابه معجزاً بخلاف كتب سائر الأنبياء صلوات الله عليهم أجمعين وحفظ عن التحريف والتبديل، وأُقيم بعده حجة على الناس، ومعجزات سائر الأنبياء صلوات الله عليهم انْقَرَضَتْ بانْقِرَاضِهِمْ، وَنُصِرَ بالرُّعْبِ على مسيرة الشهر، وَجُعِلَتْ له ألأَرْضُ مسجداً، وَتُرَابُهَا طَهُوراً، وأحلت له الغنائم[٤]، ويشفع في أهل الكبائر[٥]، وَبُعِثَ إلى النَّاسِ

---

(١) قال النووي: قال البغوي: كن أمهات المؤمنين من الرجال دون النساء، روي ذلك عن عائشة رضي الله عنها، وهذا جارٍ على الصحيح عند أصحابنا وغيرهم من أهل الأصول، أن النساء لا يدخلن في خطاب الرجال. وحكى الماوردي في تفسيره خلافاً في كونهن أمهات المؤمنات، وهو خارج على مذهب من أدخلهن في خطاب الرجال. قال البغوي: كان النبي ﷺ أباً للرجال والنساء جميعاً. وقال الواحدي من أصحابنا: قال بعض أصحابنا: لا يجوز أن يقال: هو أبو المؤمنين، لقول الله تعالى: **﴿ما كان محمد أبا أحد من رجالكم﴾**.
قال: نص الشافعي على أنه يجوز أن يقال: هو أبو المؤمنين، أي: في الحرمة. ومعنى الآية: ليس أحد من رجالكم ولد صلبه. والله أعلم.

(٢) قال في الخادم هل المراد نساء أهل هذه الأمة أو نساء كلهن. فيه خلاف حكاه الروياني في البحر ويستثنى من إطلاقه سيدتنا فاطمة ـ رضي الله عنها فهي أفضل نساء العالمين لقوله ﷺ: (فاطمة بضعة مني) ولا يعدل ببضعة من رسول الله ﷺ أحد وفي الصحيحين أما ترضين أن تكوني خير نساء هذه الأمة.

(٣) قال النووي: في زوائده: وأفضل زوجاته ﷺ، خديجة، وعائشة رضي الله عنهما قال المتولي: واختلفوا أيتهما أفضل والله أعلم.
ورجح الشيخ السبكي والشيخ البلقيني تفضيل خديجة على عائشة رضي الله عنهما.

(٤) هو في حديث جابر وغيره في الصحيحين، وفي الطبراني: مسيرة شهرين، والجمع بينهما بما ورد في مسند أحمد: شهراً وراءه، وشهراً أمامه، وكذا قوله: وجعلت لي الأرض مسجداً، لكن قوله: وترابها طهوراً، من أفراد مسلم من حديث حذيفة.
وقوله: وأحلت له الغنائم، هو في الأحاديث المذكورة وفيها: ولم تحل لأحد قبلي.

(٥) فيه حديث أنس: شفاعتي لأهل الكبائر من أمتي، أخرجه أبو داود والترمذي، فرواه مسلم بدون ذكر الكبائر، وعلقه البخاري من حديث سليمان التيمي عنه. وفي الباب عن جابر في صحيح ابن حبان، وشواهده كثيرة. قوله: وبعث إلى الناس عامة، هو في الأحاديث المذكورة. =

عامة[1]، وهو سَيِّدُ وَلَدِ آدَمَ يوم القيامة[2]، وَأَوَّلُ مَنْ تَنْشَقُّ عَنْهُ ٱلْأَرْضُ وأول شافع ومشفع، وَأَوَّلُ مَنْ يَقْرَعُ بَابَ ٱلْجَنَّةِ[3]، وهو أكثر الأنبياء عليهم السَّلامُ تبعاً، وأمته

= قال النووي: هذه العبارة ناقصة أو باطلة، فإن شفاعته ﷺ التي اختص بها ليست الشفاعة في مطلق أهل الكبائر، فإن لرسول الله ﷺ في القيامة شفاعات خمساً.

أولاهن: الشفاعة العظمى [أهل] في الفصل بين أهل الموقف حين يفزعون إليه بعد الأنبياء، كما ثبت في الحديث الصحيح، حديث الشفاعة.

والثانية: في جماعة، فيدخلون الجنة بغير حساب.

والثالثة: في ناس استحقوا دخول النار فلا يدخلونها.

والرابعة: في ناس دخلوا النار، فيخرجون.

والخامسة: في رفع درجات ناس في الجنة، وقد أوضحت ذلك [كلّه] في «كتاب الإيمان» من أول «شرح صحيح مسلم» رحمه الله، والشفاعة المختصة به ﷺ، هي الأولى والثانية، ويجوز أن تكون الثالثة والخامسة أيضاً. والله أعلم.

(١) قال الإسنوي في مهماته هذا يتناول الجن فإن الناس يطلق عليهم أيضاً قاله الجوهري.

قال في الخادم: هذه العبارة قد لا يشملها الجن ولا الملائكة ولا شك أنه ﷺ مبعوث إلى الجن أيضاً وأما الملائكة فهل دخلوا في دعوته ﷺ. قال الشيخ شهاب الدين الأنصاري هذه مسألة كانت وقعت بين فقهاء مصر مع رجل فاضل ورد من عندهم وقال إن الملائكة ما دخلت في دعوته ﷺ وشنعوا عليه وعن ابن حزم أنه ﷺ بعث إلى الجن والملائكة واستدلوا بقوله تعالى: ﴿ليكون للعالمين نذيراً﴾ والعالم كله موجود سوى الله تعالى وأما يأجوج ومأجوج فقد دخلوا في الناس فقد قال النووي في فتاويه هم من بني آدم من حواء عند جماهير العلماء وقيل إنهم من آدم لا من حواء فيكونون إخواننا لأب قال في الخادم وأما إبليس فإن كان رسول الله ﷺ لعنه فقد بلغه وإلا فقد بلغ الجن الذين بلغهم.

(٢) قال صاحب المهمات مذهب أهل السنة أنه أفضل الخلق إنساً وجناً وملائكة. قال في الخادم وأما قوله في الحديث «ولا فخر» فليس المعنى ولا افتخر بذلك كما ظنه بعضهم، بل ولا فخر أكمل من هذا الفخر الذي أعطيته. واختلف في المعنى الذي لأجله قال ﷺ ذلك. قال الزمخشري في فائقه: إنه قال بحضرة الجماعة من المنافقين ليغيظهم بذلك. وقيل: لأنها نعمة من الله منّ الله بها عليه وعلى أمته التابعين له فافتخر بما آتاه الله تعالى من فضله وإذا ثبت أنه ﷺ أفضل من آدم وولده ثبت أنه أفضل من كل مخلوق لتفضيل جنس البشر عما سواه من المخلوقات.

قوله: وهو سيد ولد آدم، هو في الصحيحين في حديث الشفاعة الطويل.

وقوله: وأول من تنشق عنه الأرض، رواه مسلم من طريق عبد الله بن فروخ عن أبي هريرة، ورواه الشيخان من وجه آخر.

وقوله: وأول شافع وأول مشفع، هو في الحديث الذي قبله عند مسلم.

وقوله: وهو أكثر الأنبياء تبعاً، رواه مسلم أيضاً، وللدارقطني في الأفراد من حديث عمر مرفوعاً: إن الجنة حرمت على الأنبياء حتى أدخلها، وحرمت على الأمم حتى يدخلها أمتي.

(٣) قوله: وأول من يقرع باب الجنة، رواه مسلم من حديث أنس.

مَعْصُومَة لا تجتمع على الضَّلاَلَةِ[١]، وصفوفهم كصفوف الملائكة، وكان لا ينام قَلْبُهُ، ويرى من وراء ظهره كما يرى من قُدَّامِهِ[٢]، وتطوعه بالصلاة قاعداً كتطوعه قائماً، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عُذْرٌ، وفي حَقّ غيره ذاك على النصف من هذا[٣].

ويخاطبه الْمُصَلِّي بقوله: «سَلاَمٌ عَلَيْكَ أَيُّهَا النَّبِيُّ وَرَحْمَةُ اللَّه» ولا يخاطب سائر الناس، وكان لا يجوز لأحد ـ من الآدميين ـ رفع صوته فَوْقَ[٤] صَوْتِهِ، وأن يُنَادَى مِنْ

---

(١) قال الحافظ: هذا في حديث مشهور له طرق كثيرة، لا يخلو واحد منها من مقال، منها لأبي داود عن أبي مالك الأشعري مرفوعاً: إن الله أجاركم من ثلاث خلال: أن لا يدعو عليكم نبيكم لتهلكوا جميعاً، وأن لا يظهر أهل الباطل على أهل الحق، وأن لا يجتمعوا على ضلالة، وفي إسناده انقطاع، وللترمذي والحاكم عن ابن عمر مرفوعاً: لا تجتمع هذه الأمة على ضلال أبداً، وفيه سليمان بن شعبان المدني وهو ضعيف، وأخرج الحاكم له شواهد، ويمكن الاستدلال له بحديث معاوية مرفوعاً: لا يزال من أمتي أمة قائمة بأمر الله، لا يضرهم من خذلهم ولا من خالفهم، حتى يأتي أمر الله، أخرجه الشيخان، وفي الباب عن سعد وثوبان في مسلم، وعن قرة ابن إياس في الترمذي وابن ماجة، وعن أبي هريرة في ابن ماجة، وعن عمران في أبي داود، وعن زيد بن أرقم عند أحمد، ووجه الاستدلال منه: أن بوجود هذه الطائفة القائمة بالحق إلى يوم القيامة، لا يحصل الاجتماع على الضلالة، وقال ابن أبي شيبة نا أبو أسامة عن الأعمش عن المسيب بن رافع عن يسير بن عمرو قال: شيعنا أبا مسعود حين خرج، فنزل في طريق القادسية، فدخل بستاناً فقضى حاجته، ثم توضأ ومسح على جوربيه، ثم خرج وإن لحيته ليقطر منها الماء، فقلنا له: اعهد إلينا فإن الناس قد وقعوا في الفتن، ولا ندري هل نلقاك أم لا، قال: اتقوا الله واصبروا حتى يستريح بر، أو يستراح من فاجر، وعليكم بالجماعة فإن الله لا يجمع أمة محمد على ضلالة، إسناده صحيح، ومثله لا يقال من قبل الرأي، وله طريق أخرى عنده عن يزيد بن هارون عن التيمي عن نعيم بن أبي هند: أن أبا مسعود خرج من الكوفة فقال: عليكم بالجماعة، فإن الله لم يكن ليجمع أمة محمد على ضلال قاله الحافظ.

(٢) هو في الصحيحين وغيرهما من حديث أنس وغيره، والأحاديث الواردة في ذلك مقيدة بحالة الصلاة، وبذلك يجمع بين هذا وبين قوله: لا أعلم ما وراء جداري هذا قاله الحافظ.

(٣) قال النووي: هذا قد قاله صاحب «التلخيص»، وتابعه البغوي، وأنكره القفال، وقال: لا يعرف هذا، بل هو كغيره، والمختار الأول، لحديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما قال: «أتيت رسول الله ﷺ فوجدته يصلي جالساً، فقلت: حدثت يا رسول الله أنك قلت: «صلاة الرجل قاعداً على نصف الصلاة» وأنت تصلي قاعداً: قال: «أجل [١٢٠ ـ ٧٣٥] ولكني لست كأحد منكم رواه مسلم في «صحيحه».

(٤) لقوله تعالى: ﴿ياأيها الذين آمنوا لا ترفعوا أصواتكم﴾ وجه الدلالة أنه توعد على ذلك بإحباط العمل، فدل على التحريم، بل على أنه من أغلظ التحريم، وفي الصحيح: أن عمر قال له: لا أكلمك بعد هذا إلا كأخي السرار، وفيه قصة ثابت بن قيس، وأما حديث ابن عباس وجابر في الصحيح: أن نسوة كن يكلمنه عالية أصواتهن، فالظاهر أنه قبل النهي قاله الحافظ.

قوله: وأن يناديه من وراء الحجرات، دليله الآية أيضاً، ووجه الدلالة من قوله بأنهم لا يعقلون، =

وَرَاءِ الْحُجَرَاتِ، ولا أن يناديه باسمه[١] فيقول يا مُحَمَّدُ يا أحمد ولكن يقول يا نبيَّ اللَّهِ [أو] يا رسول الله [أو] يا خيرة الله، وكان يُسْتَسْقَى به، يُتَبَرَّكُ[٢] بِبَوْلِهِ وَدَمِهِ، ومن زَنَا بحضرته أو استهان به كَفَرَ[٣]، ويجب على المصلي إذا دعاه أن يجيبه ولا تبطل صلاته كما تقدم في «كتاب الصلاة».

وحكى أبو الْعَبَّاسِ الرّوِيَانِيّ وجهاً آخَرَ، أنه لا يجب، وتبطل به الصلاة[٤] وأولاد بَنَاتِهِ يُنْسَبُونَ إليه، وأولاد بنات غيره لا ينسبون إليه، في الكفاءة وغيرها[٥].

[و] قال ـ ﷺ ـ: «كُلُّ سَبَبٍ وَنَسَبٍ يَنْقَطِعُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِلاَّ سَبَبِيْ وَنَسَبِيْ»[٦].

= أي الأحكام الشرعية، فدل على أن من الأحكام الشرعية أن لا يفعل ذلك، أهمل التقدم بين يديه والجهر له بالقول، وهما مستفادان من الآية أيضاً.

(١) قوله: وأن يناديه باسمه. دليله آية النور ﴿لا تجعلوا دعاء الرسول بينكم كدعاء بعضكم بعضاً﴾ وعلى هذا فلا يناديه بكنيته، وأما ما وقع في ذلك لبعض الصحابة فإما أن يكون قبل أن يسلم القائل، وإما أن يكون قبل نزول الآية قاله الحافظ.

(٢) قوله: وكان يستسقى ويتبرك ببوله ودمه، تقدم ذلك مبسوطاً في الطهارة، قال الرافعي: في قصة أم أيمن من الفقه أن بوله ودمه يخالفان غيرهما في التحريم؛ لأنه لم ينكر ذلك، وكان السر في ذلك ما تقدم من صنيع الملكين حين غسلا جوفه قاله الحافظ.

(٣) قوله: ومن زنا بحضرته أو استهان به كفر، أما الاستهانة فبالإجماع، وأما الزنا فإن أريد به أنه يقع بحيث يشاهده فممكن، لأنه يلتحق بالاستهانة، وإن أريد بحضرته أن يقع في زمانه فليس بصحيح، لقصة ماعز والغامدية قاله الحافظ.

(٤) قال الحافظ: قوله: ويجب على المصلي إذا دعاه أن يجيبه ولا تبطل صلاته، تقدم في الصلاة، ويلتحق بدعائه الشخص المصلي ووجوب إجابته، ما إذا سأل مصلياً عن شيء فإنه تجب عليه إجابته، ولا تبطل صلاته، وهنا فرع حسن وهو أنه لو كلمه مصلٍ ابتداء، هل تفسد صلاته أو لا، محل نظر.

(٥) قلت: كذا قال صاحب «التلخيص» وأنكره القفال وقال: لا اختصاص في انتساب أولاد البنات. والله أعلم. قال الحافظ: وفيه حديث أبي بكرة سمعت رسول الله يقول: إن ابني هذا سيد، يعني الحسن بن علي، أخرجه البخاري، وفي معرفة الصحابة لأبي نعيم في ترجمة عمر، من طريق شبيب بن غرقدة عن المستظل بن حصين، عن عمر في أثناء حديث: وكل ولد آدم فإن عصبتهم لأبيهم، ما خلا ولد فاطمة فإني أنا أبوهم وعصبتهم.

(٦) رواه البزار [٢٤٥٥ ـ ٢٤٥٦] والحاكم [١٤٢/٣] والطبراني [٢٦٣٣ ـ ٢٦٣٤ ـ ٢٦٣٥] من حديث عمر، وقال الدارقطني في العلل: رواه ابن إسحاق عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جده عن عمر، وخالفه الثوري وابن عيينة وغيرهما عن جعفر، لم يذكروا عن جده وهو منقطع، انتهى. ورواه الطبراني من حديث جعفر بن محمد عن أبيه عن جابر سمعت عمر، ورواه ابن السكن في صحاحه من طريق حسن بن حسن بن علي عن أبيه، عن عمر في قصة خطبته أم كلثوم بنت علي، ورواه البيهقي أيضاً، ورواه أبو نعيم في الحلية من حديث يونس بن أبي يعفور عن أبيه عن ابن عمر عن عمر، ورواه أحمد والحاكم من حديث المسور بن مخرمة رفعه: إن الأسباب تنقطع يوم القيامة، غير نسبي وسببي وصهري، ورواه الطبراني في الكبير من حديث ابن عباس، =

قيل: معناه أنَّ أمته يُنْسَبُونَ إليه في القيامة، وأمم سائر الأنبياء لا يُنْسَبُونَ إليهم.

وقيل: لا ينتفع يومئذٍ بِسَائِرِ ٱلأَنْسَابِ، وينتفع بالنسبة إليه.

وقال - ﷺ -: «تَسَمَّوْا بِاسْمِي وَلاَ تَكَنَّوْا بِكُنْيَتِي»(١) فعن رواية الربيع عن الشَّافِعِيِّ - رضي اللَّهِ عنه - أَنه ليس لأَحَدٍ أن يكتني بأبي القاسم سواء كان اسمه محمداً أو لم يكن، ومنهم من حمله على كراهة الجمع بين الاسم والكنية، وجوزوا الإِفراد، ويشبه أن يكون هذا أظهر؛ لأن الناس ما زالوا يكنون به في جميع الأمصار والأعصار من غير إنْكَار(٢) والله أعلم.

= ورواه في الأوسط من طريق إبراهيم بن يزيد الخوزي، عن محمد بن عباد بن جعفر سمعت عبد الله بن الزبير يقول: قال رسول الله ﷺ: كل نسب وصهر منقطع يوم القيامة، إلا نسبي وصهري، وإبراهيم ضعيف، ورواه عبد الله بن أحمد في زيادات المسند من حديث ابن عمر قاله الحافظ.

(١) متفق عليه البخاري [٦١٨٧] مسلم [٢١٣٣] من حديث جابر وأبي هريرة وأنس، وفي الباب عن ابن عباس رواه ابن أبي خيثمة، وفي إسناده إسماعيل بن مسلم وهو ضعيف، قوله: فعن رواية الربيع عن الشافعي قلت: أخرجه البيهقي عن الحاكم عن أبي العباس محمد بن يعقوب عن الربيع عنه، وهكذا رواه أبو نعيم في الحلية عن عثمان بن محمد العثماني عن محمد بن يعقوب به، وكذا قال طاوس وابن سيرين (تنبيه) وأما ما رواه أبو داود من حديث صفية بنت شيبة عن عائشة قالت: جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إني قد ولدت غلاماً فسميته محمداً وكنيته أبا القاسم، فذكر لي أنك تكره ذلك، فقال: ما الذي أحل اسمي وحرم كنيتي، أو ما الذي حرم كنيتي وأحل اسمي، فيشبه إن صح أن يكون قبل النهي، لأن أحاديث النهي أصح، قوله: ومنهم من حمله على كراهة الجمع، قلت: وبذلك جزم ابن حبان في صحيحه، وروى أبو داود عن مسلم بن إبراهيم عن هشام، عن أبي الزبير عن جابر مرفوعاً من تسمى باسمي فلا يكتني بكنيتي، ومن اكتنى بكنيتي فلا يتسمى باسمي، ورواه الترمذي من طريق الحسين بن واقد عن أبي الزبير به، وحسنه، وصححه ابن حبان، وفي الباب عن أبي حميد عند البزار في مسنده (فائدة) وقيل: إن النهي مخصوص بحياته ﷺ، ويدل عليه ما رواه أبو داود والترمذي من طريق فطر عن منذر الثوري عن ابن الحنفية، عن علي قلت: يا رسول الله أرأيت إن ولد لي بعدك أسميه محمداً وأكنيه بكنيتك؟ قال: نعم، قال: فكانت لي رخصة، صححه الترمذي والحاكم، قال البيهقي: هذا يدل على أنه سمع النهي فسأل الرخصة له وحده، وقال حميد بن زنجويه، سألت ابن أبي أويس ما كان مالك يقول في الرجل يجمع بين كنية النبي ﷺ واسمه، فأشار إلى شيخ جالس معنا فقال: هذا محمد بن مالك سماه أبوه محمداً وكناه أبا القاسم، وكان مالك يقول إنما نهى عن ذلك في حياة النبي ﷺ كراهية أن يدعى أحد باسمه أو كنيته، فيلتفت النبي ﷺ، فأما اليوم فلا، وهذا كأنه استنبطه من سياق الحديث الذي في الصحيح في سبب النهي عن ذلك والله أعلم قاله الحافظ.

(٢) قال النووي: هذا الذي تأوّله الرافعي واستبدل به فيهما، ضعيف، وهذه المسألة فيها ثلاثة مذاهب. **أحدها**: مذهب الشافعي، وهو ما ذكره. **والثاني**: مذهب مالك: أنه يجوز التكني بأبي القاسم لمن اسمه محمد ولغيره. **والثالث**: يجوز لمن اسمه محمد دون غيره. ومن جوز مطلقاً، جعل النهي مختصاً بحياة رسول الله ﷺ، وقد يستدل له بما ثبت في الحديث من سبب النهي، =

. . . .

= وأن اليهود تكنّوا به، وكانوا ينادون: يا أبا القاسم، فإذا التفت النبي ﷺ قالوا: لم نعنك، إظهاراً للإيذاء، وقد زال ذلك المعنى، وهذا المذهب أقرب، وقد أوضحته مع ما يتعلق به في كتاب «الأذكار» وكتاب «الأسماء». [والله أعلم].

وما يتعلق بهذا الضرب، أن شعره ﷺ طاهر على المذهب إن نجّسنا شعر غيره، وأن بوله ودمه وسائر فضلاته، طاهرة على أحد الوجهين كما سبق، وأن الهدية له حلال، بخلاف غيره من الحكام وولاة الأمور من رعاياهم. وأعطي جوامع الكلم. ومن خصائصه ﷺ، ما ذكره صاحب «التلخيص» والقفال قالا: كان النبي ﷺ يؤخذ عن الدنيا عند تلقي الوحي، ولا تسقط عنه الصلاة ولا غيرها. وفاته ﷺ ركعتان بعد الظهر، فقضاهما بعد العصر، ثم واظب عليهما بعد العصر.

وفي اختصاصه بهذه المداومة، وجهان: **أصحهما**: الاختصاص. **ومنها**: أنه لا يجوز الجنون على الأنبياء، بخلاف الإغماء.

واختلفوا في جواز الاحتلام، والأشهر امتناعه. **ومنها**: أنه من رآه ﷺ في المنام فقد رآه حقاً. وأن الشيطان لا يتمثل في صورته. ولكن لا يعمل بما يسمعه الرائي منه في المنام مما يتعلق بالأحكام، لعدم ضبط الرائي، لا للشك في الرؤية، فإن الخبر لا يقبل إلاّ من ضابط مكلّف، والنائم بخلافه. ومنها: أن الأرض لا تأكل لحوم الأنبياء، للحديث الصحيح في ذلك.

ومنها: قوله ﷺ في الحديث: «إن كذباً عليّ ليس ككذب على أحد». فالكذب عمداً عليه من الكبائر، ولا يكفر فاعله على الصحيح وقول الجمهور. وقال الشيخ أبو محمد: هو كفر. ولنختم الباب بكلامين.

أحدهما: قال إمام الحرمين: قال المحققون: ذكر الاختلاف في مسائل الخصائص خبط غير مفيد، فإنه لا يتعلق به حكم ناجز تمس إليه حاجة، وإنما يجري الخلاف فيما لا نجد بدّاً من إثبات حكم فيه، فإن الأقيسة لا مجال لها، والأحكام الخاصة تتبع فيها النصوص، وما لا نص فيه، فتقدير اختيار فيه، هجوم على الغيب من غير فائدة.

والكلام الثاني: قال الصيمري: منع أبو علي بن خيران الكلام في الخصائص، لأنه لو انقضى، فلا معنى للكلام فيه. وقال سائر أصحابنا: لا بأس به، وهو الصحيح، لما فيه من زيادة العلم، فهذا كلام الأصحاب، والصواب الجزم بجواز ذلك، بل باستحبابه. ولو قيل بوجوبه، لم يكن بعيداً، لأنه ربما رأى جاهل بعض الخصائص ثابتة في الحديث الصحيح فعلم به أخذاً بأصل التأسّي، فوجب بيانها لتعرف فلا يعمل بها، وأي فائدة أهم من هذه.

وأما ما يقع في ضمن الخصائص مما لا فائدة فيه اليوم، فقليل لا تخلو أبواب الفقه عن مثله للتدرُّب ومعرفة الأدلة وتحقيق الشيء على ما هو عليه. والله أعلم.

قال في المهمات التعبير عن الثالث سهو وصوابه لمن ليس اسمه محمداً دون غيره وكأنه وقعت له نسخة ما نصه والثالث لمن اسمه محمد دون غيره والذي وقعت عليه ما ذكرته وهو الصواب.

وقال الإسنوي: وهذا الثالث هو الصواب الراجح دليلاً لقوله ﷺ «من تسمى باسمي فلا يكتني بكنيتي ومن تكنى بكنيتي فلا يتسمى باسمي».

رواه أبو داود والترمذي من حديث جابر وقال الترمذي حسن غريب وقال البيهقي في شعب الإيمان إسناده صحيح وصححه ابن حبان وأخرجه أيضاً من حديث أبي هريرة وصححه الترمذي=

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الثَّانِيَةُ): يُسْتَحَبُّ النِّكَاحُ لِمَنْ تَاقَتْ نَفْسُهُ إِلَيهَا، وَمَنْ لاَ فَالعِبَادَةُ لَهُ أَوْلَى (ح)، وَأَحَبُّ المَنْكُوحَاتِ البِكْرُ الوَلُودُ النَّسِيبَةُ الَّتِي لَيسَتْ لَهُ قَرَابَةٌ قَرِيبَةٌ المَنْظُورُ (و) إِلَيهَا قَبْلَ النِّكَاحِ فَإِنَّهُ أَحْرَى أَنْ يُؤْدَمَ بَيْنَهُمَا.

قال الرَّافِعِيُّ: فيه مسألتان:

إحداهما: الشخص إما تائق محتاج إلى النكاح، وإما غير تائق، والأول إما أن يجد أُهْبَتَهُ وعدته، أو لا يجد إن وجدها فيستحب له[1] النكاح تَخصِيناً للدِّينِ، سواء كان مُقْبِلاً على العبادة، أو لم يكن، وإن لم يَجِدْهَا فالأولى ألا يتزوج ويكسر شهوته بالصوم؛ لما رُوِيَ أنه ـ ﷺ ـ قال: «يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةِ فَلْيَتَزَوَّجْ فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ وَأَحْصَنُ لِلْفَرَجِ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاءٌ»[2] فإن لم تنكسر بالصوم لا يكسره بالكافور ونحوه، ولكن يتزوج.

= من هذا الوجه. قال الشيخ البلقيني يحتج لما قاله الرافعي بما أسنده ابن عبد البر في مقدمة الاستيعاب من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «لا تجمعوا بين اسمي وكنيتي فإنما أنا أبو القاسم والله يعطي وأنا أقسم» وبوب عليه الترمذي باب كراهة الجمع بين اسم النبي ﷺ وكنيته ورواه بلفظ «إن النبي ﷺ نهى أن يجمع أحد بين اسمه وكنيته ويسمى محمداً أبا القاسم» وقال حسن صحيح ـ ثم روى الحديث جابر قال رسول الله ﷺ «إذا سميتم بي فلا تكتنوا بي» وقال حسن غريب ثم روي من حديث علي بن أبي طالب أنه قال يا رسول الله أرأيت إن ولد لي بعدك ولد اسميه باسمك وأكنيه بكنيتك قال نعم. فكانت رخصة لي ـ قال الترمذي صحيح.

(١) قال في الخادم إطلاقه التائق يشمل صوراً منها من عجز عن الحرة وقدر على الأمة وبالاستحباب صرح ابن السمعاني في الاصطلام حكاية عن الحنفية ثم خالفهم وقال إنه على الإباحة ويشهد له قوله تعالى **﴿وأن تصبروا خير لكم﴾** فدل على أنه لا يبلغ مرحلة الاستحباب وأن الصبر عن نكاح الأمة أفضل مطلقاً وقال صاحب الخادم ولعلهم أخذوا الاستحباب من قوله تعالى: **﴿فانكحوهن بإذن أهلهن﴾** واللائق استحباب وتعقبه البكري في حاشيته فقال اللائق عدم الاستحباب ومنها الخصي إذا تاقت نفسه. قال في المطلب ولم أرَ من صرح به نعم كلام الغزالي في الإحياء يقتضي استحباب ذلك له إذ قال إنه يستحب النكاح للعنين فإن نبضات الشهوة خفية حتى أن الممسوح الذي يتوقع له ولد كذلك لا ينقطع الاستحباب في حقه بل يؤمر به كما يؤمر الأصلع بإمرار الموسى على رأسه.

قال الأذرعي في القوت عبارتهم يستحب النكح للتائق الواجد الوجه الجزم بكراهة الترك.

(٢) متفق عليه البخاري [١٩٠٥ ـ ٥٠٦٥ ـ ٥٠٦٦، مسلم ١٤٠٠] من حديث ابن مسعود، زاد مسلم في رواية: فلم ألبث حتى تزوجت، وزاد ابن حبان في صحيحه بعد قوله: فإنه له وجاء: وهو الإخصاء وهو مدرج، والوجاء بكسر الواو والمد، رض الخصيتين، وإن نزعا نزعاً فهو الإخصاء في الحكم، وفي الباب عن أنس رواه البزار من طريق سليمان بن المغيرة عن ثابت عنه، والطبراني في الأوسط من طريق بقية عن هشام عن الحسن عنه.

وأما غير التائق فإن لم يجد أُهْبَتَهُ، أو كان به مَرَضٌ، أو عَجْزٌ من جب، أو عُنة أو كِبَرٌ فَيُكْرَهُ له النكاح؛ لما فيه من الالتزام بما لا يقدر على الوفاءِ بِمُقْتَضَاهُ من غير حَاجَةٍ، وإن وجد الأُهْبَةَ ولم يكن به عِلَّةٌ فلا يكره له النكاح، ولكن التخلي للعبادة أفضل فإن لم يكن مشتغلاً بالعبادة فوجهان. حكاهما ابنُ الْقَطَّانِ وغيره:

أصحهما: أن النكاح أفضل، كيلا تفضي به البَطَالَةُ والفراغ إلى الفواحش.

والثاني: إنَّ تركه أفضل للخطر بالقيام بواجبه.

وقال أبو حَنِيفَةَ ـ رضي اللَّهِ عنه ـ: النِّكَاحُ أفضل من الاشتغال بالعبادة، وفي «تعليق» الشيخ علي القزويني عن القاضي أبي سعيد الْهَرَوِيّ أنَّ للأصحاب وجهاً مثله، والمسألة، مشهورة في الخلاف، ويجوز أن يعلم قوله: «يُسْتَحَبُ النِّكَاحُ لمن تاقت نفسه إليه» بالواو؛ لأن في «شرح مختصر الجويني» أن بعض الأصحاب قال: إن خاف الزنا وجب عليه النِّكَاحُ، وأيضاً فإنَّ القاضي أبا سَعِيدٍ قال: ذهب بعض أصحابنا بالعراق إلى أنَّ النِّكَاحَ فرض على الكفاية، ولو أنه امتنع منه أهل قطر أُجْبِرُوا عليه[١].

---

(١) ذهب الجمهور إلى القولِ بأَن النكاح متدربٌ.
وذهب داود الظاهري إلى القول بوجوبه على القادر على الوطء إن وجد ما يتزوج به وعجز عن التسري. قال ابن حزم: وفرض على كل قادر على الوطء إن وَجَدَ ما يتزوج به أو يتسرى أن يفعل أحدهما فَإِنْ عجز عن ذلك فليكثر من الصوم.
استدل داود بالكتاب والسنّة.
أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُبَاعَ﴾.
ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة أن الله أمر فيها بالنكاح، والأصل في الأمر أن يكون للوجوب فيكون النكاح واجباً.
وأما السُّنَّةُ فقوله ﷺ: «يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمْ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ. وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ» إلى غيره من الأحاديث الحاثّة على النكاح. وقد حملوا الأمر في الحديث أيضاً على الوجوب.
وأما الجمهور فقد قالوا إن الأمر هذا ليس للوجوب وإنما هو محمول على الندب. أما الآية فإن الله تعالى حين أمر بالنكاح علقه على الاستطابة بقوله: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ﴾ والواجب لا يتوقف على الاستطابة. وقال ﴿مَثْنَى وَثُلاثَ﴾ ولا يجب ذلك بالاتفاق، فَدَلَّ ذلك على أن الأمر فيها للندب لا للوجوب وأيضاً فإن الله سبحانه وتعالى خَيَّرَ بَيْنَ النِّكَاح وملك اليمين في قوله: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لاَ تَعْدِلُوا بِوَاحِدَةً أَوَ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾، وملك اليمين ليس بواجب بالإجماع ولا يصح التخيير بين واجب وما ليس بواجب، لأنَ ذلك فخرج للواجب عن الوجوب. وعليه فيحمل الأمر في الآية على الندب. وأما الحديث فإن أمر فيه من لم يستطع النكاح بالصوم والصوم ليس بواجب في هذه الحال فكذلك النكاح. أو نقول إن الأمر فيه محمول على من يخشى على نفسه=

. . . .

= الوقوع في محظور بترك النكاح فيلزمه حينئذٍ إعفاف نفسه.
وعليه فالراجح ما ذهب الجمهور إليه من عدم الوجوب، وخصوصاً أنّه كان في الصحابة من لم تكن له زوجة مع قدرته على النكاح ورسول الله ﷺ يعلم ذلك ولم ينكر عليهم كما أنه كان في عصر الخلفاء ومن بعدهم من لم يتزوج، ولم ينقل إلينا عن أحدٍ من الخلفاء أنه حتم على من ليست له زوجة أن يتزوج، ولو وقع ذلك لنقل إلينا بالتواتر، لأن هذا مما تعم به البلوى، فَلَمَّا لَمْ ينقل إلينا شيء من ذلك عن النبي ﷺ وخلفائه دَلَّ ذلك عَلى أَنَّ النِّكَاحَ لَيْسَ بِوَاجِبٍ.
ثم إن قول الجمهور أن النكاح مندوب أن الأصل فيه الندب بشرط أن يكون قادراً على ما تحتاج إليه المرأة مِنْ مَهْرٍ ونفقة ووطء ولم يخف على نفسه الزنا بعدمه وقد يخرج عن هذا الأصل لعارض إلى سائر الأحكام.
فيجب إنه خاف على نفسه الزنا إن تَرَكَ النكاحَ وعَجَزَ عَن التَسَرِّي ولم يكفه الصوم لأنه يلزم إعفاف نفسه وصونها عن الحرام، ولو أَدَّى به ذَلِكَ إلى الإنفاق عليها من حرام أو أدى إلى عَدَمِ الإِنْفَاقِ عليها كما صَرَّح بذلك المالكية وذلك ارتكاباً لأخف الضررين، خصوصاً إن النفقة منَ حق الزوجة فلها إسقاطها أو يُغْنيه الله من فضله كما قال تعالى: ﴿**إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِم اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ**﴾ وليس هذا من باب دفع الحرام بمثله الممنوع شرعاً؛ لأن المفسدة بترك النكاح محققة من بحصول الزنا، والإنفاق عليها من حرام محتمل، فلا يترك وقع المفسدة المحققة لأخرى محتملة. ويحرم عند عجزه عن الوطء أو النفقة أو تصنيعه واجباً إذا لم يخف على نفسه الزنا، ويكره عند عدم الرغبة في إن عطلة عن تطوع ولو رجا النسل.
ويباح عند عدم الرغبة فيه ولم يرج نسلاً ولم يعطله عن تطوع.
واختلف الفقهاء فيمن له شهوة يأمن معها على نفسه الوقوع في الزنا هل الاشتغال بالعبادة أفضل في حقه من الزواج، أو العكس؟.
فذهب الشافعية إلى القول بأن التخلي لنوافل العبادة أفضل له من النكاح، وذهب الجمهور إلى القول بأن النكاح أفضل من التخلي لنوافل العبادة، وقد استدل الشافعية بما يأتي.
أولاً: بقوله تعالى في مدح يحيى عليه السلام «وسيداً وحضوراً» والحضور هو الذي لا يأتي النساء مع القدرة على إتيائهن فمدهم الله به ولو كان النكاح أفضل من التخلي لنوافل العبادة لما مدحه الله بتركه، ويرد هذا بأنه ليس في مدح قال يحيى عليه السلام ما يدل على أنه أفضل من النكاح، فإن مدح الصفة في ذاتها لا يقتضي ذم غيرها، إذ إننا لا ننكر فضل التخلي للعبادة، واستحقاق المدح عليه، ولكن نقول إن الاشتغال بالنكاح أفضل، وأيضاً فإن ذلك كان في شريعة سيدنا يحيى عليه السلام وشرعنا وارد بخلافه فهو أول.
وثانياً: قالوا النكاح عقد معاوضة فكان الاشتغال بالعبادة أفضل منه كالبيع ويرد هذا بأن فرق بين البيع والنكاح، فإنما كان التخلي للعبادة أفضل من البيع؛ لأن البيع لا يشتمل على مصالح النكاح ولا يقاد بها لذلك كان التخلي للعبادة أفضل منه وأما الجمهور فقد استدلوا ـ بأمر الله تعالى به ورسوله وحثهما عليه.
وأيضاً فقد تمسكوا بما روي في الصحيحين من أن نفراً من أصحاب رسول الله ﷺ سألوا أزواجه عن عمله في السر فقال بعضهم لا أتزوج النساء، وقال بعضهم لا آكل اللحم، وقال بعضهم: لا أنام على فراش، فبلغ ذلك النبي ﷺ فحمد الله وأثنى عليه وقال: «مَا بَالُ أَقْوَامٍ قالوا: كَذَا وكذا=

الثانية: إذا أراد النكاح فالبكر أولى من الثَّيِّب إذا لم يكن عذر به لما رُوِيَ أن النبي ـ ﷺ ـ قال لجابر ـ رضي الله عنه ـ: «هَلاَّ بِكْراً تُلاَعِبُهَا وَتُلاَعِبُكَ»(١).

والولود، أولى؛ لما رُوِيَ أنه ـ ﷺ ـ قال: «تَزَوَّجُوا الْوَلُودَ الْوَدُودَ فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمُ الْأُمَمَ»(٢)، والنسيبة أولى؛ لما رُوِيَ أنه ـ عليه السلام ـ قال إِيَّاكُمْ وَخَضْرَاءَ الدِّمَنِ، قيل يَا رَسُوْلَ اللَّهِ وَمَا خَضْرَاءِ الدِّمَنِ؟ قَالَ: «الْمَرْأَةُ الْحُسْنَاءِ فِي الْمَنْبَتِ السُّوءِ»(٣). والتي ليست لها قرابة قريبة أولى، لما روي أنه ـ ﷺ ـ قال: «لاَ تَنْكِحُوا الْقَرَابَةَ الْقَرِيْبَةَ، فَإِنَّ الْوَلَدَ يُخْلَقُ ضَاوِياً»(٤) أي: نحيفاً، وذلك لضعف الشهوة.

= لكني أصلي وأنام وأصوم وأفطر وأتزوج النساء فمن رغب عن سنّتي فليس مني».
ووجه الدلالة من هذا: أن النبي ﷺ ذم وهذه الحال، وتبرأ منها، ولو كان التخلي للعبادة أفضل، كما قيل لأقرهم على ذلك.

(١) متفق عليه البخاري [٢٠٩٧ ـ ٢٣٠٩ ـ ٢٩٦٧ ـ ٥٠٧٩] مسلم [٧١٥] من حديث جابر، زاد في رواية لمسلم: وتضاحكها وتضاحكك وفي رواية: مالك وللعذارى ولعابها.
(تنبيه): قال القاضي عياض: الرواية ولعابها بكسر اللام لا غير، وهو من اللعب كذا قال: وقد ثبت لبعض رواة البخاري بضم اللام أي ريقها، ولابن أبي خيثمة من حديث كعب بن عجرة أنه ﷺ قال لرجل فذكر نحوه، وفيه: فهلا بكراً تعضها وتعضك، وفي الباب عن عويم بن ساعدة في ابن ماجة والبيهقي بلفظ: عليكم بالأبكار فإنهن أعذب أفواهاً، وأنتق أرحاماً، وأرضى باليسير، وعن ابن عمر نحوه وزاد: وأسخن إقبالاً، رواه أبو نعيم في الطب وفيه عبد الرحمن بن زيد بن أسلم وهو ضعيف قاله الحافظ.

(٢) تقدم من حديث معقل بن يسار، وقد تقدمت طرقه أيضاً في باب فضل النكاح.

(٣) أخرجه الرامهرمزي والعسكري في الأمثال، وابن عدي في الكامل، والقضاعي في مسند الشهاب [٩٥٧] والخطيب في إيضاح الملتبس كلهم من طريق الواقدي عن يحيى بن سعيد بن دينار عن أبي وجزة يزيد بن عبيد، عن عطاء بن يسار عن أبي سعيد الخدري، قال ابن عدي: تفرد به الواقدي، وذكره أبو عبيد في الغريب فقال: يروى عن يحيى بن سعيد بن دينار، قال ابن طاهر وابن الصلاح: يعد في أفراد الواقدي، وقال الدارقطني: لا يصح من وجه.
قال الحافظ (تنبيه): الدمن البعر تجمعه الريح، ثم يركبه السافي، فإذا أصابه المطر ينبت نبتاً ناعماً يهتز وتحته الدمن الخبيث، والمعنى: لا تنكحوا المرأة لجمالها وهي خبيثة الأصل، لأن غرق السوء لا ينجب، قال الشاعر: وقد ينبت المرعى على دمن الثرى.
(تنبيه): الرافعي احتج به على استحباب النسبية وأولى منه ما أخرجه ابن ماجة الدارقطني عن عائشة مرفوعاً: «تخيروا لنطفكم، وأنكحوا الأكفاء، وأنكحوا إليهم» ومداره على أناس ضعفاء، رووه عن هشام أمثلهم صالح بن موسى الطلحي، والحارث بن عمران الجعفري وهو حسن.

(٤) قال الحافظ: هذا الحديث تبع في إيراده إمام الحرمين هو والقاضي الحسين، وقال ابن الصلاح: لم أجد له أصلاً معتمداً انتهى. وقد وقع في غريب الحديث لابن قتيبة قال: جاء في الحديث: اغربوا لا تضووا، وفسره فقال: هو من الضاوي وهو النحيف الجسم، يقال أضوت المرأة إذا أتت بولد ضاو، والمراد: أنكحوا في الغرباء، ولا تنكحوا في القريبة، وروى ابن يونس في تاريخ=

وذات الدِّين أولى[(١)]؛ لقوله ـ عليه السَّلامُ ـ: «تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لأَرْبَعٍ لِمَالِهَا وَحسَبِهَا وَدِيْنِهَا وَجَمَالِهَا فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَدَاكَ»[(٢)]. وليكن منظوراً إليها قبل النِّكاحِ، على ما سنذكر في الفصل الذي يلي هذا الفصل.

واعلم أنَّ المقدمات الْمُودَعَة في هذا القسم معدودة في بعض النُّسَخِ ثَلاَثٌ:

إحداها: في خصائص رسول اللَّهِ ـ ﷺ ـ.

والثانية: في الترغيب في النكاح، وأحب المنكوحات ـ ويقع فيه الكَلاَمُ في النَّظَرِ إلى المنكوحة وفي النَّظَرِ جملة.

والثالثة: في الخُطبة والخِطبة، وهي في بعض النُّسَخِ معدودة خمساً وكذلك في «الوسيط».

إحداها: الْخَصَائِصُ.

والثانية: ما شرحناه في هذا الفصل وبعده.

= الغرباء في ترجمة الشافعي عن شيخ له عن المزني، عن الشافعي قال: أيما أهل بيت لم تخرج نساؤهم إلى رجال غيرهم، كان في أولادهم حمق، وروى إبراهيم الحربي في غريب الحديث عن عبد الله بن المؤمل عن ابن أبي مليكة قال: قال عمر لآل السائب قد أضوأتم فأنكحوا في النوابغ، قال الحربي: يعني تزوجوا الغرائب.

(١) قال النووي: وبعد الدين، ذات الجمال والعقل أولى، وقرابته غير القريبة أولى من الأجنبية، والمستحب أن لا يزيد على امرأة من غير حاجة ظاهرة، ويستحب أن لا يتزوج من معها ولد من غيره لغير مصلحة، قاله المتولي. وإنما قيدت لغير المصلحة، لأن رسول الله ﷺ تزوج أم سلمة رضي الله عنها ومعها ولد أبي سلمة رضي الله عنه. قال أصحابنا: ويستحب أن يتزوج في شوال، للحديث الصحيح عن عائشة رضي الله عنها في ذلك.
والمستحب، أن لا يتزوجها إلاّ بعد بلوغها، نص عليه الشافعي رضي الله عنه، وهذا إذا لم يكن حاجة أو مصلحة. والله أعلم.
قال في الخادم: هذا النص في منصوصاته في القديم كما ذكره القاضي أبو الطيب وصاحب الشامل والبحر، وقضية كلامهم أنه ليس في الجديد ما يخالفه، وحينئذٍ فالفتوى به.

(٢) متفق عليه البخاري [٥٠٩٠، مسلم ١٤٦٦] من حديث سعيد عن أبيه عن أبي هريرة، ولمسلم عن جابر: إن المرأة تنكح على دينها ومالها وجمالها، فعليك بذات الدين تربت يداك، وللحاكم وابن حبان من حديث أبي سعيد: تنكح المرأة على إحدى ثلاث خصال: جمالها ودينها وخلقها، فعليك بذات الدين والخلق، وروى ابن ماجة والبزار والبيهقي من حديث عبد الله بن عمرو مرفوعاً، لا تنكحوا النساء لحسنهن فعله يرديهن، ولا لمالهن فلعله يطغيهن، وأنكحوهن لدين، ولأمة سوداء خرقاء ذات دين أفضل، وروى النسائي من طريق سعيد المقبري عن أبي هريرة قال: قيل يا رسول الله أي النساء خير؟ قال: التي تسره إذا نظر، وتطيعه إذا أمر، ولا تخالفه في نفسها ومالها بما يكره.

والثالثة: في النَّظَرِ إليها إذا وقعت الرَّغْبَةُ في نكاحها وأحكام النظر جملة، ثم يتصل به، فلا ينظر إلاَّ إلى وجهها.

والرابعة: في الخطبة.

والخامسة: في الخِطبة والمقصود لا يختلف.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الثَّالِثَةُ): النَّظَرُ إِلَيْهَا إِذَا تَحَقَّقَتِ الرَّغْبَةُ فِي نِكَاحِهَا، وَنَحْنُ نَتَعَرَّضُ فِي هَذَا المَوْضِعِ لأَحْكَامِ النَّظَرِ جُمْلَةً، وَلاَ يَنْظُرُ (ح م و) إِلاَّ إِلَى وَجْهِهَا، وَلاَ يَحْتَاجُ إِلَى إِذْنِهَا (م).

قال الرَّافِعِيُّ: إذا رغب في نكاح امْرَأَةٍ نَظَرَ إليها؛ لما رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - قال لِلْمُغِيرَةِ وقد خطب امْرَأَةً: «انْظُرْ إِلَيْهَا فَإِنَّهُ أَحْرَى أَنْ يُؤْدَمَ بَيْنَكُمَا»[(١)]، أَيْ يجعل بينكما المودة والألفة. يُقَالُ: «أَدَمَ اللَّهُ بينكما» أي «جعل».

وعن جابر - أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - قال: «إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمْ الْمَرْأَةَ فَإِنْ استطاع أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا يَدْعُوهُ إِلَى نِكَاحِهَا فَلْيَفْعَلْ»[(٢)] قال: فخطبت جارية وكنت أَتَخَبَّأُ لها، حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها، وهذا النَّظَرُ مُسْتَحَبٌ، أو مُبَاحٌ مجرد؟.

حكى ألإِمَامُ فيه وجهين:

---

(١) أخرجه النسائي [٦/ ٦٩] والترمذي [١٠٨٧] وابن ماجة [١٨٦٦] والدارمي [٢/ ١٣٤] وابن حبان [١٣٦ موارد] من حديث المغيرة، وذكره الدارقطني [٣/ ٢٥٢ - ٢٥٣] في العلل وذكر الخلاف فيه، وأثبت سماع بكر بن عبد الله المزني من المغيرة، وقوله: «يؤدم بينكما» أي تدوم المودة، وفي الباب عن أبي هريرة عند مسلم، وأنس وجابر ومحمد بن مسلمة وأبي حميد، فحديث أنس صححه ابن حبان والدارقطني والحاكم وأبو عوانة، وهو في قصة المغيرة أيضاً، وحديث جابر يأتي، وحديث محمد بن مسلمة رواه ابن ماجة وابن حبان، وحديث أبي حميد رواه أحمد والطبراني والبزار ولفظه: إذا خطب أحدكم امرأة فلا جناح عليه أن ينظر إليها، إذا كان إنما ينظر إليها للخطبة.

(٢) أخرجه الشافعي وأبو داود [٢٠٨٢] والبزار والحاكم [٢/ ١٦٥] من حديث ابن إسحاق عن داود ابن الحصين عن واقد بن عبد الرحمن عنه، ورواه أحمد [٣/ ٣٣٤ - ٣٦٠] من هذا الوجه وفيه أنها من بني سلمة، وأعله ابن القطان بواقد بن عبد الرحمن، وقال: المعروف واقد بن عمرو، قلت: رواية الحاكم فيها عن واقد بن عمرو، وكذا هو عند الشافعي وعبد الرزاق.

قال الحافظ: فائدة: روى عبد الرزاق وسعيد بن منصور وابن أبي عمرو، عن سفيان عن عمرو ابن دينار عن محمد بن علي ابن الحنفية: أن عمر خطب إلى علي ابنته أم كلثوم، فذكر له صغرها، فقال: أبعث بها إليك، فإن رضيت فهي امرأتك، فأرسل بها إليه، فكشف عن ساقها، فقالت: لولا أنك أمير المؤمنين لصككت عينك، وهذا يشكل على من قال: إنه لا ينظر غير الوجه والكفين.

الأَوَّلُ: أصح؛ لما وُرِدَ فيه من صيغة الأمر، ويجوز أنْ يعلم للثاني قوله في «الكتاب»: «المنظور إليها قبل النّكاح» بالواو؛ لأنه جعل نكاحها أحب، ويجوز له تكرار النَّظَرِ إليها ليتبين هيئتها، ولا يندم بعد النكاح، ولا فَرْقَ بين أن يكون النظر إليها بإذنها أو بغير إذنها خلافاً لمالك ـ رضي اللّهُ عنه ـ حيث اعْتَبَرَ إذنها دليلاً، لإِطلاق الخبر، وأيضاً فإنه لو راجعها لزينت نفسها فيفوت الْمَطْلُوبُ من النظر.

فإن لم يتيسر النظرُ إليها بعث إليها امْرَأَةً تتأملها وتصفها له[١]. روي أن النبي ـ ﷺ ـ بعث أم سليم إلى امرأة وقال: «انْظُرِي إِلَى عُرْقُوبِهَا وَشُمِي مَعَاطِفَهَا»[٢]. والمرأة أيضاً تنظر إلى الرجل إذا أرادت التزوج، فإنه يعجبها منه ما يعجبه منها، قاله عمر[٣] ـ رضي الله عنه ـ ثم الكلام في المنظور إليه، وفي وقت النظر أما المنظور إليه منها، فهو الوجه والْكَفَّافِ ظَهْراً وبَطْناً.

واعلم أنا سنذكر وجهين في جواز النَّظَرِ إلى وجه الأجنبية وَكَفَّيْهَا من غير عُذْرٍ وسبب. فقال ألإِمَامُ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ: مَنْ حَرَّمَ هناك أباح هنا، لغرض التزويج، ومن أباح هناك فإنه يقول: إن كان يخاف الفتنة، فهو حَرَامٌ وهنا لا يحرم مع خوف الفِتنة لهذا الغرض، ولا يَنْظُرُ إلى ما سوى الوجه والكفين لأنه عَوْرَةٌ، وهي تُعَدّ أَجْنَبِيَّةً.

وَذَكَرَ الحنَّاطِيُّ وجهين في «المِفْصَل» الذي هو بين الكف والمِعْصَم.

وفي «شرح مختصر الجويني» وَجْهٌ: أنه يَنْظُرُ إليها نظر الرجل إلى الرجل.

وعن مالك ـ رضي الله عنه ـ أنه يَنْظُرُ إلى الوجه والكفين والقدمين وبعض الذِّرَاعِ.

وعن أَبِي حَنِيْفَةَ ـ رضي اللّهُ عنه ـ: ينظر إلى الوجه والكفين والقدمين بناءً على أن القدمين ليسا من العورة، ويجوز أن يعلم كذلك قوله في الكتاب: «إلاّ إلى وجهها» بالحاء والميم والواو، ولم يذكر الكفين لَفْظاً ولا بُدَّ منه. وأما وقت النظر فإنه ينبغي أن يكون بعد العزم على نكاحها إن ارتضاها وقبل الخطبة؛ لأنه لو كان بعد الخطبة وتركها

(١) ظاهره أنه يجوز لها أن تصف له جميع حلاها.
قال في الخادم: والأقرب أن تصف له من بدنها ما يجوز النظر إليه، ثم قال: حديث أم سليم يقتضي جواز حكاية ما سوى الوجه والكفين.

(٢) أخرجه أحمد والطبراني والحاكم [٢/١٦٦] والبيهقي من حديث أنس، واستنكره أحمد، والمشهور فيه طريق عمارة عن ثابت عنه، ورواه أبو داود في المراسيل عن موسى بن إسماعيل عن حماد عن ثابت، ووصله الحاكم من هذا الوجه بذكر أنس فيه، وتعقبه البيهقي بأن ذكر أنس فيه وهم، قال: ورواه أبو النعمان عن حماد مرسلاً، قال: ورواه ابن كثير الصنعاني عن حماد موصولا.
تنبيه: قوله: وشمي معاطفها في رواية الطبراني، وفي رواية أحمد وغيره: شمي عوارضها.

(٣) قال الحافظ لم أجده.

شَقَّ عليها وأوحشها، هذا هو الأظهر، وفيه وجهان آخران:

أحدهما: عن رواية الماسرجسي أنه ينظر إليها حين تأذن في عقد النكاح؛ لأنه وقت الحاجة.

والثاني: عند ركون كُلِّ وَاحِدٍ منهما إلى صاحبه، وذلك حين تحرم الخطبة على الخطبة(١).

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَلاَ يَحِلُّ لِلرَّجُلِ النَّظَرُ إِلَى شَيْءٍ مِنْ بَدَنِ المَرْأَةِ إِلاَّ إِذَا كَانَ النَّاظِرُ صَبِيّاً، أَوْ مَجْنُوناً، أَوْ مَمْلُوكاً (ح و) لَهَا، أَوْ كَانَتْ صَبِيَّةً (و)، أَوْ رَقِيقَةً (و)، أَوْ مَحْرَماً فَلْيَنْظُرْ إِلَى الوَجْهِ وَاليَدَيْنِ فَقَطْ.**

قال الرَّافِعِيُّ: جَرَتِ العَادَةُ بذكر حكم النظر هنا، وذاك إمَّا أن ألاَّ تمس إليه الحاجة أو تمس:

الحالةُ الأولى: إذا لم تمس إليه الحاجة وهو على أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ:

نَظَرُ الرجل إلى المرأة وبالعكس، وَنَظَرُ الرَّجُلِ إلى الرجل وَنَظَرُ المرأة إلى المرأة.

القسم الأول: نَظَرُ الرَّجُل إلى المرأة ويحرم عليه أن ينظر إلى ما هو عورة منها وكذا إلى الوجه والكفين إن كان يخاف من النظر الْفِتْنَةَ قال اللَّهُ تعالى: **﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾** [النور: ٣٠] وإن لم يَخَفْ فوجهان.

قال أَكْثَرُ الأصحاب ـ لا سيما المتقدمون: لاَ يَحَرُمُ؛ لقوله تعالى: **﴿وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّ مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾** [النور: ٣١] ـ وهو مُفَسَّرٌ بالوجه والكفين، نَعَمْ يُكْرَهُ ذلك ـ ذكره الشيخ أبو حَامِدٍ وغيرُهُ(٢).

---

(١) قال النووي: وإذا نظر فلم تعجبه، فليسكت، ولا يقل: لا أريدها، لأنه إيذاء والله أعلم.

(٢) روى البيهقي من طريق عبد الله بن مسلم بن هرمز عن سعيد بن جبير عن ابن عباس في قوله: (إلا ما ظهر منها) قال: الوجه والكفان، ومن طريق عطاء عن عائشة نحوه وروى الطبري من طريق مسلم الأعور عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال: هي الكحل وتابعه خصيف عن عكرمة عن ابن عباس عند البيهقي.

قال الحافظ: تنبيه: احتج الرافعي بهذا على منع البالغ من النظر إلى الأجنبية، وأولى منه ما رواه البخاري ومسلم عن ابن عباس: أردف رسول الله ﷺ الفضل بن عباس يوم النحر خلفه ـ الحديث ـ وفيه قصة المرأة الوضية الخثعمية، فطفق الفضل ينظر إليها فأخذت بيده، فأخذ بذقن الفضل فعدل وجهه عن النظر إليها، وزواه الترمذي من حديث علي نحوه، وزاد: فقال العباس: لويت=

والثَّانِي: يحرم ويحكى ذلك عن الإِصْطَخْرِيِّ في رواية الدَّارِكِيِّ وعن أبي علي الطَّبَرِي، واختاره الشيخ أبو محمد والإمام رحمهما الله ووجهه باتفاق المسلمين على منع النساء من أن يخرجن سَافِرَاتٍ، ولو حل النظر لنزلن منزلة المُرْد، وبأن النظر إليهن مظنة الفتنة، وهن محل الشهوة فاللائق بمحاسن الشَّرْعِ حسم الباب والإعراض عن تَفَاصِيلِ الأَحْوَالِ كَالْخُلْوَةِ بِالأَجْنَبِيَّةِ[١]، هذا ما ذكره في الكتاب وبه أَجَابَ صاحب «المهذب» والقاضي الرُّويَانِيُّ وليس المراد من الكف مجرد الرَّاحَةِ، بل اليد من رؤوس الأَصَابِعِ إلى المِعْصَمِ وفيه وَجْهٌ [آخَرُ] أَنَّهُ يختص الحكم بالراحة، وأخمصا القدمين على الخلاف الْمَذْكُورِ في سِتْرِ الْعَوْرَةِ من «باب شرائط الصَّلاَةِ»، وصوتها ليس بعودة على أَصَحِّ الوجهين لكن يحرم الإِصْغَاءُ إليه عند خوف الْفِتْنَةِ وإذا قرع عليها الباب، فلا ينبغي أن تجيب بصوت رخيم، بَلْ يَنْبَغِي أن تغلظ صوتها[٢]. هذا إذا كان الناظر إليها بَالِغاً فَحْلاً، والمنظور إليها حُرَّةٌ كَبِيرَةٌ أَجْنَبِيَّةٌ. ثُمَّ الكلام في سِتِ صُوَرٍ:

إحداها: الطفل الذي لم يظهر على عورات النِّسَاءِ لا حجاب منه قال الله تعالى: ﴿أَوِ الطِّفْلُ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾ [النور: ٣١] وفي المراهق وَجْهَانِ:

أحدهما: وبه قال أبو عبد الله الزُّبَيْرِيُّ: أن له النظر كما له الدخول من غير استئذان إلاَّ في الأوقات الثلاثة.

قال الله تعالى: ﴿لِيَسْتَأْذِنكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُكْمَ مِنكُمْ ثَلاَثَ مَرَّاتٍ...﴾ [النور: ٥٨] الآية ـ وعلى هذا فنظره كنظر البالغ إلى الْمَحَارِمِ.

والثاني: إنَّ نظره كنظر البالغ إلى الأجنبيات لظهوره على العورات، وهذا أصح

= عنق ابن عمك، فقال: رأيت شاباً وشابة فلم آمن عليهما الشيطان، صححه الترمذي، واستنبط منه ابن القطّان: جواز النظر عند أمن الفتنة من حيث إنه لم يأمرها بتغطية وجهها، ولو لم يفهم العباس أن النظر جائز ما سأل، ولو لم يكن ما فيه جائزاً لنا أقره عليه.

قال الحافظ: فائدة: اختار النووي أن الأمة كالحرة في تحريم النظر إليها. لكن يعكر عليه ما في الصحيحين في قصة صفية فقلنا: إن حجبها فهي زوجته وإن لم يحجبها فهي أم ولد كذا اعترضه ابن الرفعة، وتعقب بأنه بدل على أن الأمة تخالف الحرة فيما تبديه أكثر مما تبديه الحرة، وليس فيه دلالة على جواز النظر إليها مطلقاً.

(١) الصحيح التحريم كما ذكره الشيخ في المنهاج وجنح إليه في المحرر.

قال في التوسط: بل الظاهر أنه اختيار الجمهور، وممن جزم به غير من تقدم المحاملي في المجموع والتجريد، والدارمي وهو قضية كلام الرازي في التقريب والمجرد، وقال الإمام: إن إليه ميل العراقيين إلى آخر ما ذكره.

(٢) قال النووي: هذا الذي ذكره من تغليظ صوتها، كذا قاله أصحابنا. قال إبراهيم المروذي: طريقها أن تأخذ ظهر كفها بفيها وتجيب كذلك. والله أعلم.

فيما ذكره أبو الفرج الزَّازُ وغيره ونزَّل الإمام أمر الصَّبِي على ثَلاثِ دَرَجَاتٍ:

إحداها: ألاَّ يبلغ مبلغاً يحكى ما يراه.

والثانية: أن يبلغه، ولا يكون فيه ثَوَرَاتُ شَهْوَةٍ وتشوُّق.

والثالثة: أن يبلغه، فالذي في الدرجة الأولى حضوره كغيبته، ويجوز التَّكَشُّفُ له من كل وجهُ، الذي في الثالثة كالْبَالِغِ في النظر، والذي في الثانية يَنْزِلُ منزلة المحارم.

واعلم أن الصبي لا تكليف عليه، وإذا جعلناه كالبالغ فمعناه يلزم المنظور إليها الاحتجاب منه كما أنه يلزمها الاحتجاب من المجنون قطعاً.

والثانية: في الممسوح وجهان: قال الأكثرون: نَظَرُهُ إلى الأجنبية كنظر الفحل إلى المحارم[1]، وعليه يحمل قوله تعالى: ﴿**أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرَ أُولِي الإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ**﴾ [النور: ٣١].

والثاني: إنه كنظر الفحل إلى الأجنبية؛ لأنه يحل له نكاح التي ينظر إليها فكيف يجعل كالمحرم. والمجبوب الذي بقي أنثياه والخصي الذي بقي ذكره كالفحل وكذا العنين، والمُخَنَّث المُتَشَبِّهُ بالنِّسَاءِ، والشَّيخُ الهرم كذلك[2] أطلق أكثرهم.

وقال في «الشامل»: الخصي لا يحل له النظر إلاَّ أن يكبر ويهرم وتذهب شهوته، وكذا المخنث. وَحَكَى أبو مخلد البصري - وهو من مَتَأخِرِي الأَصْحَابِ - في الخصي والمخنث، وجهين على الإطلاق[3].

والثالثة: مَمْلُوكُ المرأة - هل يكون محرماً لها؟!.

فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لقوله - تعالى -: ﴿**أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ**﴾ [النور: ٣١] وعن أَنَسٍ - رضي الله عنه - أن النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَتَى فاطِمَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - بِعَبْدٍ قَدْ وَهَبَهُ لَهَا وَعَلَى فَاطِمَةَ ثَوْبٍ إذا قَنعَتْ بِهِ رَأْسَهَا لَمْ يَبلُغْ رجلها وَإِذَا غطَّتْ بِهِ رِجْلَهَا لَمْ يَبْلُغْ رَأْسَهَا فَلَمّا رَأَى رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مَا تلقى قَالَ: إِنَّهُ لَيْسَ عَلَيْكِ بَأْسٌ إِنَّمَا هُوَ أَبُوكِ وَغُلاَمُكِ»[4].

---

(١) قال النووي: وإذا جعلنا الصبي كالبالغ، لزم الولي أن يمنعه النظر، كما يلزم أن يمنعه الزنا وسائر المحرمات. والله أعلم.

(٢) في أ الهم وهما بمعنى واحد.

(٣) قال النووي: هذا المذكور عن «الشامل» قاله شيخه القاضي أبو الطيب، وصرح بأن الشيخ الذي ذهبت شهوته، يجوز له ذلك، لقوله تعالى: ﴿**أو التابعين غير أولي الإربة**﴾. والله أعلم.

(٤) أخرجه أبو داود [٤١٠٦] من حديث أنس وفيه سالم بن دينار أبو جميع مختلف فيه. =

والثَّاني: وبه قَالَ أبو حَنِيْفَةَ: لا لأنه لو ثبت المحرمية لاستمرت كما في الرِّضَاعِ.
وفي «تعليق» الشَّيْخِ أبي حَامِدٍ: إن هذا أصح لكن الأكثرون رَجَّحُوْا اَلأَوَّلَ[١].

والرابعة: إذا كان اَلْمَنْظُورُ إليها أَمَةٌ فَثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ:

أحدها: أنها كالحرة.

والثاني: يحرم النظر إلى ما لا يبدو منها عند المهنة وتفصيل ما يبدو مذكور في «سِتْرِ الْعَورَةِ».

والثالث: أنَّ المحرم النَّظَرُ إلى ما بين السُّرَّةِ والرُّكْبَةِ لا غير، وهذه الأوجه قريبة من الوجوه المذكورة، فيما يجب عليها سترة في الصَّلاةِ، ولكن الوجه الأول لا يكاد يوجد هكذا إلاَّ لصاحب الكتاب في «الوسيط»[٢].

وأما الثاني والثالث فمشهوران[٣]، وهما متفقان على جواز النظر إلى ما يبدو منها عند المهنة واختلافهما فيما زاد على ذلك[٤] إلاَّ ما بين السُّرَّةِ إلى الرُّكْبَةِ، والأصح فيما ذكره صاحب «التهذيب» والقاضي الرُّويَانِيّ جواز النظر إليه لكنه يكره.

والخامسة: من النظر إلى الصَّبِيَّةِ وجهان منقولان في «الوسيط».

أحدهما: المنع؛ لأنها من جنس اَلإِنَاثِ.

وأصحهما: الجواز؛ لأنها ليست في مظنة الشهوة، ولا فرق بين حد العورة وغيره، نعم لا ينظر إلى فرجها[٥]، وألحق في «الوسيط» العجوز بالشَّابَةِ؛ لأن الشهوات لا تنضبط، وهي محل الْوِطْءِ.

= قال الحافظ: فائدة: حمل الشيخ أبو حامد هذا على أنه كان صغيراً لإطلاق لفظ الغلام، ولأنها واقعة حال، واحتج من أجاز ذلك أيضاً بقوله تعالى: ﴿**أو ما ملكت أيمانكم**﴾ وتعقب بما رواه ابن أبي شيبة من طريق طارق عن سعيد بن المسيب قال: لا يغرنكم هذه الآية! إنما يعني بها الإماء لا العبيد، لكن يشكل على ذلك ما رواه أصحاب السنن من طريق الزهري عن نبهان مكاتب أم سلمة عنها: قال لي رسول الله ﷺ: إذ كان لإحداكن مكاتب وكان عنده ما يؤدي، فلتحتجب منه، انتهى. ومفهومه أنها لا تحتجب منه قبل ذلك.

(١) قال النووي: وهو المنصوص، وظاهر الكتاب والسنّة وإن كان فيه نظر من حيث المعنى، قال القاضي حسين: فإن كاتبته: فإن كاتبته، فليس بمحرم والله أعلم.

(٢) قال النووي: قد صرح صاحب «البيان» وغيره، بأن الأمة كالحرة وهو مقتضى إطلاق كثيرين، وهو أرجح دليلاً. والله أعلم.

(٣) في أ: فهما مشهوران.

(٤) في أ: فيما وراء ذلك.

(٥) قال النووي: جزم الرافعي، بأنه لا ينظر إلى فرج الصغيرة. ونقل صاحب «العدة» الاتفاق على هذا، وليس كذلك، بل قطع القاضي حسين في تعليقه بجواز النظر إلى فرج الصغيرة التي=

وقال القاضي الرّويَانيُّ: إذا بلغت المرأة من السِّنّ مبلغاً تأمن الافتتان بالنَّظَرِ إليها جاز النظر إلى وجهها وكفيها، ويدل عليه قوله تعالى **﴿وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لاَ يَرْجُونَ نِكَاحاً﴾** [النور: ٦] الآية.

[و] السادسة: للرجل أن ينظر من المحرم إلى ما يبدو عند المهنة، ولا يحل النظر إلى ما بين السرة والركبة، وفيما بينهما وجهان:

أظهرهما: ولم يتعرض كثير من الأصحاب لغيره ـ: أنه يحل النظر إليه أيضاً واحتجوا بقوله تعالى: **﴿وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّ لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ﴾** [النور: ٣١] الآية ـ وبأن المحرمية معنى يوجب حرمة الْمُنَاكَحَة أبداً فليكونا كالرَّجُلَيْنِ وكالمرأتين.

والثاني: المنع؛ لأن لا ضرورة إليه، والثَّدْيُ في زمان الإِرضاع مواضع الوجهين، أو يلحق بما يبدو عند المهنة فيه طريقان، والثاني منهما مُؤَبَّدٌ بالحاجة، ولا فرق في ذلك بين المحارم بالنَّسَبِ وبين المحارم بالمصاهرة والرضاع.

وفي «شرح الجويني» وَجْهٌ: أن في المحارم بالمصاهرة، والرضاع لا ينظر إلى ما يبدو عند المهنة، والصحيح الأول. إذا عرفت ذكرنا فتأمل في لفظ الكتاب.

واعلم قوله: «ولا يحل للرجل النظر إلى شيء من بدن الْمَرْأَةِ» بالواو ـ للوجه المشهور في جواز النظر إلى الوجه والكفين وقوله: «إلا إذا كان الناظر صَبِيّاً» إن حمل على الطفل الذي لم يظهر على العورات خاصة، فلا حاجة إلى إعلامه بالواو وإن جرى على إطلاقه فليعلم بالواو لأحد الوجهين في المراهق أنه كالبالغ.

وقوله: أَو مَجْبُوباً قد يتبادر إلى لسان القارىء قراءته بنونين لاقترانه بالصبي، والصبي والمجنون يستويان في كثير من الأحكام لَكِنْ لا سبيل إليه تكون الصورة المذكورة مُسْتَثْنَاةٌ من نفي الحل فلا بدّ من ثبوته فيها، والحل بمعنى الخطاب بأنه لا حرج عليك، أو بالتخيير ونحوه [و] لا يمكن إثباته في حق المجنون، ولا في الصبي؛

= لا تشتهي، والصغير، وقطع به في الصغير إبراهيم المروذي. وذكر المتولي فيه وجهين، وقال: الصحيح الجواز، لتسامح الناس بذلك قديماً وحديثاً، وأن إباحة ذلك تبقى إلى بلوغه سن التمييز، ومصيره بحيث يمكنه ستر عورته عن الناس. والله أعلم.

إطلاق الشيخ الصبية بتناول المشتهاة وغيرها قال الأذرعي ولذلك أنه لا يحرم نظر بنت سنة ونحوها والذي يجوز في النظر إلى صغيرة لا تشتهي وجوه أحدها الجواز إلى جميع بدنها. **ثانيها**: إليه إلا الفرج. **ثالثها**: يجوز إلى ما عدا ما بين السرة والركبة. **رابعها**: ما يبدو في المهنة فقط إلى آخر ما ذكره الشيخ عن صاحب العدة ذكره الفوراني أيضاً وصاحب التهذيب وما نقله الشيخ عن المروذي جزم به الماوردي أيضاً في كتاب الصلاة فقال ينبغي حل النظر إلى أن يبلغ الصبي إلى عشر سنين والجارية تسعاً وإطلاق الشيخ الفرج يتناول الذي قال الأذرعي وبه صرح الصيمري.

لأنهما لا يخاطبان وبمعنى أَنَّهُ لا حَرَجَ فيه لا يختص بالوجه واليدين، وقد قال: «فينظر إلى الوجه واليدين فقط» وإذا رددنا الْكَلاَمَ إلى أَنَّ الْمَنْظُورَ إليها هل يلزمهما الاحتجاب فهذا في الصبي على التفصيل الذي سبق، وأما المجنون فلا شك في وجوب الاحتجاب منه كالعاقل، بل أولى فليقرأ «أو مجبوباً» ببائين وحينئذٍ فيجب تقييده بالممسوح لما مر ثم ليعلم بالواو لأحد الوجهين المذكورين في الممسوح.

وقوله: «أو مملوكاً لها» معلم بالحاء والواو لما سبق.

وقوله: «أو كانت رقيقة أو صبية» بالواو، ثم الحكم بأنه لا ينظر في الصور المستثناة إلاَّ إلى الوجه واليدين خلافاً للمذهب الظاهر، أَمَّا في المحرم؛ فلأنهم لم يذكروا خلافاً في جواز النظر إلى ما يبدو عند المهنة.

وقالوا: الأصح جواز النظر إلى جميع أعضائها إلا ما بين السُّرَّةِ والركبة وكذا في الرقيقة، وأما في الصَّبِيَّةِ فمن جَوَّزَ النَّظَرَ عَمَّمَهُ في أعضائها بعد اجتناب الفرج كما بيناه وأما في عبد المرأة والممسوح فإذا جَوَّزْنا النظر إليه جعلناه كالنظر في المحارم فإذن في الفصل خبط ولا صائر من الأصحاب إلى جوازه.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَالعَوْرَةُ مِنَ الرَّجُلِ مَا بَيْنَ سُرَّتِهِ وَرُكْبَتِهِ فَقَطْ، وَيُبَاحُ نَظَرُ الرَّجُلِ إِلَى الرَّجُلِ، وَالمَرْأَةِ إِلَى المَرْأَةِ، وَالمَرْأَةِ إِلَى الرَّجُلِ عِنْدَ الأَمْنِ مِنَ الفِتْنَةِ إِلاَّ مَا بَيْنَ السُّرَّةِ وَالرُّكْبَةِ.

قال الرَّافِعِيُّ: قوله: «العورة من الرَّجُلِ ما بين سرته وركبته» مكرر مذكور مرة في «سِتْرِ العورة»، ولا حاجة إلى إعادته في هذا الموضع وإذا عاد فليعلم بالعلامات المذكورة هناك [ثم نرجع إلى الترتيب الذي كنا فيه][1] فنقول:

القسم الثاني: نظرُ الرجل إلى الرجل وهو جائزٌ في جميع البدن إلاَّ ما بين السُّرَّةِ والرُّكْبَةِ. نعم يحرم النظر إلى الأَمْرَدِ وغيره بالشهوة وكذا النظر إلى المحارم، وسائر المذكورات في الفصل السابق بالشهوة حرام لا يحرم النظر إلى الأمرد بغير الشهوة إن لم يخف فتنة وإن خاف فوجهان: قال أكثرُهُمْ: يحرم تَحَرُّزاً عنها[2].

وعن صاحب «التقريب» واختاره الإمامُ: أنه لا يحرم، وَإِلاَّ لأُمِرُوا بِالاحْتِجَابِ كَالنِّسْوَةِ. ورُوِيَ أَنَّ وَفداً قدموا على رسول الله ـ ﷺ ـ وفيهم غُلاَمٌ حَسَنُ الْوَجْهِ فَأَجْلَسَهُ

---

(١) سقط من: ز.

(٢) قال النووي: أطلق صاحب «المهذب» وغيره: أنه يحرم النظر إلى الأمرد لغير حاجة، ونقله الداركي عن نص الشافعي رحمه الله. والله أعلم.

مِنْ ورائه وَقَالَ: «أَمَا أَخْشَى مَا أَصَابَ أَخِي دَاوُدَ». وكان ذلك بمرأى من الحاضرين، فَدَلَّ على أنه لا تحريم.

القسم الثالث: نظر المرأة إلى المرأة: وهو كما ذكرنا في نظر الرَّجُلِ إلى الرَّجُلِ إلاَّ في شيئين.

أحدهما: أن الإمام حكى وجهاً في أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى المحارم، والأصح أنه لا فرق.

والثاني: في نظر الذِّمِّيَّةِ إلى المسلمة وجهان:

أحدهما: كنظر المسلمة إلى المسلمة.

والثاني: المنع لقوله تعالى جده: ﴿أَوْ نِسَائِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] وليست الذمية من نسائنا والأول أصح عند صاحب الكتاب، والثاني أصح فيما ذكره صاحب «التهذيب»[١]. وإذا قلنا بالثاني لم تدخل الذِّمِّيَّاتُ المسلمات مع الحمام وما الذي ترى الذمية من المسلمة؟!. قال الإمام: لا ترى منها إلا ما يراه الرجل الأجنبي.

وقيل: لا ترى إلا ما يبدو عند المهنة دون غيره وهذا أشبه[٢].

القسم الرابع: نظر المرأة إلى الرَّجُلِ ـ فيه ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ:

أحدها: أنها تنظر إلى ما يبدو عند المهنة دون غيره إذ لا حاجة إليه.

والثاني: أنها لا ترى من الرجل إلاَّ ما يرى الرجل منها تسوية بينهما[٣].

والثالث: وهو الأصح: أن لها النظر إلى جميع بدنه إلاَّ ما بين السرة والركبة، وليس كنظر الرجل إلى المرأة؛ لأن بدنها عورة في نفسه، وكذلك يجب ستره في

---

(١) قال الشيخ البلقيني الوجهان في نظر الكافرة محلهما في الأجنبية مع الأجنبية كما صرح به القاضي الحسين أما نظر الكافرة إلى المسلمة التي هي بنتها أو أمها ونحو ذلك فلا يمتنع لأن المحارم الرجال لا يمتنع عليهم ذلك ولو مع اختلاف الدين فالنساء بطريق أولى، فأما المرأة القريبة كبنت العم وبنت الخال ونحوهما فهل يجري عليها حكم نساء المحارم أم حكم نساء الأجانب الأقرب الثاني.

(٢) قال النووي: ما صححه البغوي هو الأصح أو الصحيح، وسائر الكافرات كالذمية في هذا، ذكره صاحب «البيان». والله أعلم.

قال الشيخ البلقيني هذا التفريع على قول المنع كما صرح به القاضي الحسين وما ذكره الشيخ ظاهر لأنه لو كان على الجواز لنظرت ما عدا بين السرة والركبة.

(٣) قال النووي: هذا الثالث، هو الأصح عند جماعة، وبه قطع صاحب «المهذب» وغيره، لقول الله تعالى: **﴿وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن﴾** [النور: ٣١] ولقوله ﷺ: «أفعمياوان أنتما، أليس تبصرانه» الحديث وهو حديث حسن. والله أعلم.

الصَّلاَةِ؛ ولأنهما لو استويا لأمر الرجال بالاحتجاب كالنساء. هذا في الأجانب.

فأما نَظَرُهَا إلى الْمَحَارِمِ فهو كنظر الرجل إلى المرأة المحرم قال الإمام، والمحققون: على أن ما فوق السُّرَّةِ، وتحت الرُّكْبَةِ من الرجل كما يبدو عند المهنة في المرأة، ولا يجوز للمرأة النَّظَرَ إلى الرَّجُلِ عند خوف الفتنة، وقد رُوِيَ عن أمّ سَلَمَةَ ـ رضي الله عنها ـ أنها قالت: كُنْتُ مع مَيْمُوْنَةَ عند رسول اللَّهِ ـ ﷺ ـ إذ أقبل ابن أم مَكْتُوم فقال النبي ـ ﷺ ـ «احْتَجِبَا مِنْهُ» فقلت: يا رَسُولَ اللَّهِ: أليس هو أَعْمَى لاَ يُبْصِرُنَا؟! فقال: «أَفَعَمْيَاوَانِ أَنْتُمَا أَلَسْتُمَا تُبْصِرَانَهُ»[1]. فمن قال بالوجه الثاني احتج بظاهره، ومن قال بالثالث حمله على الاحتياط.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَالعُضْوُ المُبَانُ كَالمُتَّصِلِ بِهِ، وَالنِّكَاحُ وَالمِلْكُ يُبِيحَانِ النَّظَرَ إِلَى السَّوْءَتَيْنِ مِنَ الجَانِبَيْنِ مَعَ كَرَاهَةٍ، وَالمَسُّ كَالنَّظَرِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: في الفصل ثَلاَثُ مَسَائِلَ:

إحداها: ما لا يجوز النظر إليه وهو متصل كالذكر، وَسَاعِدِ الْحُرَّةِ، وشعر رأسها، وما أشبهها هل يحرم النظر إليه بعد الانفصال؟. فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن النظر إليه بعد الانفصال لا يخاف منه الفتنة[2].

وأصحهما: استمرار التحريم، وبه أجاب أبو علي الشَّبُّوِي مفتي «مرو» وفيما يحكى أن أبا عبد الله الخِضْري سئل عن قُلاَمَةِ الْمَرْأَةِ ـ هل يجوز للرجل الأجنبي النظر إليها؟. فأطرق الشَّيْخُ متفكراً وكانت تحته بِنْتُ أبي علي فقالت: سَمِعْتُ أبي يقول: إن كانت قلامة يدها فله النظر إليها، وإن كانت قلامة الرجل فلا.

---

(١) أخرجه أبو داود [٤١١٢] والنسائي والترمذي [٢٧٧٩] وابن حبان [١٤٥٧ موارد] وليس في إسناده سوى نبهان مولى أم سلمة شيخ الزهري وقد وثق، وعند مالك عن عائشة أنها احتجبت من أعمى، فقيل لها: إنه لا ينظر إليك. قالت: لكني أنظر إليه، وقال ابن عبد البرّ: حديث فاطمة بنت قيس يدل على جواز نظر المرأة إلى الأعمى وهو أصح من هذا، وقال أبو داود: هذا لأزواج النبي ﷺ خاصة بدليل حديث فاطمة، قلت: وهذا جمع حسن، وبه جمع المنذري في حواشيه واستحسنه شيخنا.

قال الحافظ: تنبيه: لما ذكر الإمام تبعاً للقاضي الحسين حديث الباب، جعل القصة لعائشة وحفصة وتعقبه شيخنا في تصحيح المنهاج بأن ذلك لا يعرف، لكن وجد في الغيلانيات من حديث أسامة على وفق ما نقله القاضي والإمام، فإما أن يحمل على أن الراوي قلبه، لأن ابن حبان وصف راويه بأنه كان شيخاً مغفلاً يقلب الأخبار، وهو وهب بن حفص الحراني، وإما أن يحمل على التعدد، ويؤيده أثر عائشة الذي قدمته.

(٢) في ز: فتنة.

والتفصيل مبنى على أَنَّ يَدَهَا ليست بِعَوْرَةٍ. واقتصر في الكتاب ها هنا على الوجه الثاني، وتعرض لهما في «باب الصَّلاَةِ» كما ذكرنا وَرَوَى الإِمام تفصيلاً في العضو المُبَان من المرأة، وهو أنه إن لم يتميز بصورته وشكله عما للرجل كالقلامة والشعر والجلدة المنكشطة لم يحرم النظر إليه وإن تميز حرم[١].

الثانية: يجوز للزوج النظر إلى ما شاء من بدن زوجته إلا أَنَّ في النظر إلى فرجها وجهين:

أحدهما: المنع وإليه ميل أبي عبد الله الزُّبَيْرِيُّ ـ لما روي عنه ـ ﷺ ـ قال: «النَّظَرُ إِلَى الْفَرَجِ يُورِثُ الطَّمْسَ»[٢] أي: العمى.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب: الجواز؛ لأن له الاستمتاع به فالنظر أَوْلَى، فالخبر إن صَحَّ محمول على الكراهة، والكراهة في باطن الفرج أشد، وكذلك يكره للإنسان أن ينظر إلى فرج نفسه من غير حاجة ونَظَرُ السَّيِّدِ إلى أَمَتِهِ التي يجوز له الاستمتاع بها، كنظر الزوج إلى الزوجة سواء كانت قِنَّةً، أو مُدَبَّرَةً، أو أم ولد، أو عرض مانع قريب الزوال كما لو كانت حائضاً أو مرهونة فإن كانت مُرْتَدَّةً، أو مجوسية، أو وثنية، أو مزوجة أو مكاتبة، أو مشتركة[٣] بينه وبين الغير فهي كَأَمَةِ الغير. لما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ـ رضي الله عنهم ـ أن النبي ـ ﷺ ـ قال: «إِذَا

---

(١) قال النووي: في زوائده ما ذكره الإمام، ضعيف، إذ لا أثر للتمييز، مع العلم بأنه جزء يحرم نظره وعلى الأصح: يحرم النظر إلى قلامة رجلها دون قلامة يدها، ويده ورجله. والله أعلم.

(٢) رواه ابن حبان في الضعفاء من طريق بقية عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس بلفظ: إذا جامع الرجل زوجته فلا ينظر إلى فرجها، فإن ذلك يورث العمى، قال: وهذا يمكن أن يكون بقية سمعه من بعض شيوخه الضعفاء، عن ابن جريج فدلسه، وقال ابن أبي حاتم في العلل: سألت أبي عنه فقال: موضوع، وبقية مدلس، وذكر ابن القطّان في كتاب أحكام النظر: أن بقي بن مخلد رواه عن هشام بن خالد عن بقية، قال نا ابن جريج، وكذلك رواه ابن عدي عن ابن قتيبة عن هشام، فما بقي فيه إلا التسوية، وقد ذكره ابن الجوزي في الموضوعات، وخالف ابن الصلاح فقال: إنه جيد الإسناد كذا قال، وفيه نظر، وفي الباب عن أبي هريرة.

(٣) ما ذكره الشيخ في المشتركة قال الشيخ البلقيني إنه ممنوع والصواب في الجارية المشتركة والمبعضة والمبعض بالنسبة إلى سيدته أنه يقضي عليهم بحكم الأجانب وقد قال الماوردي في ستر العورة في الصلاة وأما عبدها نصفه حر ونصفه مملوك فعليها ستر عورتها الكبرى عنه لا يختلف فيه أصحابنا وقد قدم أن العورة الكبرى جميع البدن غير الوجه والكفين. انتهى.

قال الأذرعي ينبغي أن يقيد الجواز على الوجهين بما إذا كان بغير شهوة.

قال الشيخ البلقيني ليس هذا بمطرد فنظر الزوج لفرج زوجته حرام على أي مرجوح ولا يحرم المس اتفاقاً. انتهى.

زَوَّجَ أَحَدُكُمْ جَارِيَته أَوْ أَجِيرَهُ فَلاَ يَنْظُرُ إِلَى مَا بَيْنَ السُّرَّةِ وَالرُّكْبَةِ»(١).

وإذا كانت المنكوحة مُعْتَدَّةً عن وطء شبهة، فقد حكى القاضي أبو سعيد الهَرَوِيُّ أنها كالمكاتبة، ونظر الزوجة إلى الزوج كنظره إليها، وقطع بعضهم بجواز نظرها إلى ذَكَر الزوج. وقال الخبر ورد في الفرْج، وهو الشَّقُّ.

الثالثة: حيث يحرم النظر يحرم المس(٢)، بطريق الأَوْلَى، لأنه أقوى في التلذذ والاستمتاع، ولهذا لا يبطل الصوم بالإنزال بمجرد النظر، ويبطل بالإنزال بالملامسة ولا يجوز للرجل ذَلِكَ سوأة الرجل، ويجوز ذلكُ فخذه من فوق الإِزَارِ إذا لم يخف فتنة، وقد يحرم المسُّ حيث لا يحرم النظر، فلا يجوز للرجل مَسُّ وجه الأجنبية، وإن جَوَّزْنَا النظر إليه، ولا مَسَّ كل ما يجوز النظر إليه من المحارم والإماء، بل لا يجوز للرجل أن يمس بطن أمه وظهرها، ولا يغمز ساقها ورجلها، ولا أن يقبل وجهها ـ حكاه العبادي في «الرقم» عن الْقَفَّالِ.

قال: وكذلك لا يجوز أن يأمر ابنته، أو أخته أن تغمز رجله وعن القاضي حسين: أنه كان يقول: العجائز اللاتي يكحلن الرجال يوم عاشوراء مرتكبات للمحظور الناس يَحْسَبُونَ أنهن مقيمات للسُّنَّةِ.

وعن أبي حَنِيْفَةَ: يجوز مس ما يجوز النظر إليه من المحارم والإمام، ولا يجوز أن يضاجع الرجل الرجل، ولا المرأة المرأة، وإن كان كلُّ واحد منهما في جانب من الفراش(٣). لما روي أن رسول الله ـ ﷺ ـ أنه قال: «لاَ يُفْضِي الرَّجُلُ إِلَى الرَّجُلِ فِي الثَّوْبِ الْوَاحِدِ، وَلاَ تُفْضِي الْمَرْأَةُ إِلَى الْمَرْأَةِ فِي الثَّوبِ الْوَاحِدِ»(٤).

وإذا بلغ الصبي والصبية عشر سنين، وجب التفريق بينه وبين أُمِّهِ وأبيه وأخيه وأخته في المَضْجَعِ. قال ـ صلى اللَّهُ عليه وسَلَّمَ ـ «وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا وَهُمْ أَبْنَاءُ عَشْرٍ، وَفَرِّقُوا بَيْنَهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ»(٥) ويستحب مصافحة الرجل الرجل ما رُوِي أنه ـ ﷺ ـ سُئِلَ عن

---

(١) تقدم في شروط الصلاة.

(٢) سبق عن الدارمي أنه يحرم النظر إلى حلقة الدبر ومس ذلك جائز، قال في الخادم، العضو المبان من الأجنبية يحرم النظر إليه، ولا يحرم مسه على الأصح، وفي هذا الترجيح نظر.

(٣) شرطه كونهما عاريين كما قاله الشيخ النووي في شرح مسلم وذكره القاضي حسين في تعليقه، والجواز في الكافي قال فإن كانا لابسين أو أحدهما فلا بأس ذكره الأسنوي والأذرعي والزركشي.

(٤) أخرجه مسلم [٣٣٨] من حديث أبي سعيد، وأحمد والحاكم من حديث جابر بلفظ: لا تباشر، وأحمد وابن حبان والحاكم من حديث ابن عباس مثله، والطبراني في الأوسط من حديث أبي موسى الأشعري، وروى البزار من حديث سمرة، أن رسول الله ﷺ: كان ينهي النساء أن يضطجع بعضهن مع بعض إلا وبينهما ثوب، ولا يضطجع الرجل مع صاحبه إلا وبينهما ثوب.

(٥) تقدم في الصلاة.

الرجل يلقى أخاه أو صديقه ـ أينحني له؟ قَالَ: «لاَ» ـ قيل: أفيلتزمه ويقبله؟. . قَالَ: «لاَ». قيل أفيأخذه بيده ويصافحه؟ ـ قال: «نَعَمْ»[١]. وَمُصَافَحَةُ الْمَرْأَةِ الْمَرْأَةَ في معناها.

قال في «التهذيب»: ويكره المعانقة، والتقبيل إلاَّ تقبيل الولد للشفقة، ورأيت لأبي عبد الله الزُّبَيْرِيِّ في مختصر له في ستر العورات أنه لا بأس بأن يقبل الرجل رَأْسَ الرجل، أو ما بين عينيه عند قدومه من غيبته، أو تباعد لقائه[٢] هذا تمامُ الكلام فيما إذا لم تمس حاجة إلى المس والنظر.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَهُمَا مُبَاحَانِ لِحَاجَةِ المُعَالَجَةِ، وَلَكِنَّ النَّظَرَ إِلَى السَّوْءَة لِحَاجَةٍ مُؤَكَّدَةٍ، وَيُبَاحُ النَّظَرُ إِلَى وَجْهِ المَرْأَةِ لِتَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ وَإِلَى الفَرْجِ لِتَحَمُّلِ (و) شَهَادَةِ الزِّنَا.

قال الرَّافِعِيُّ: الحالة الثانية إذا مَسَّتِ الْحَاجَةُ إلى الْمَسِّ والنظر ـ ويفرض من وُجُوهٍ: **منها:** أن يريد نكاح امرأة، فينظر على ما سبق.

ومنها: أن يريد شراء جارية ـ وقد مر في «البيع».

ومنها: إذا عامل امرأة ببيع وغيره أو تحمَّل شهادة عليها جاز له النظر إلى وجهها؛ ليعرفها[٣] عند الحاجة، ولا ينظر إلى غير الوجه، وإذا نظر إليها، وتحمل الشهادة كلفت

---

(١) رواه الترمذي [٢٧٢٩] وابن ماجة [٣٧٠٢] والبيهقي [٧/ ١٠٠] من حديث أنس، وحسنه الترمذي، واستنكره أحمد لأنه من رواية السدوسي وقد اختلط، وتركه يحيى القطّان.

(فائدة): سيأتي في السير حديث لأبي ذر يعارض هذا الحديث في مسألة المعانقة.

(٢) قال النووي: المختار أن تقبيل يد غيره إن كان لزهده وصلاحه أو علمه أو شرفه وصيانته، ونحو ذلك من الأمور الدينية، فهو مستحب. وإن كان لغناه ودنياه وشوكته ووجاهته عند أهل الدنيا ونحو ذلك، فمكروه. وقال المتولي في «باب صلاة الجمعة»: لا يجوز. وتقبيل الصغار شفقة سُنَّة، سواء ولده وولد غيره إذا لم يكن بشهوة. والسنّة معانقة القادم من سفر وتقبيله. ولا بأس بتقبيل وجه الميت الصالح، ويكره حني الظهر في كل حال لكل أحد، ولا بأس القيام لأهل الفضل، بل هو مستحب للاحترام، لا للرياء والإعظام، وقد ثبتت أحاديث صحيحة بكل ما ذكرته، وقد أوضحتها مبسوطة في «كتاب السلام» من «كتاب الأذكار»، وهو مما لا يستغني متديِّن عن مثله، وفي «كتاب الترخيص في القيام». والله أعلم.

(٣) قال في المهمات اقتصاره يعني الرافعي على الوجه وتبعه في الروضة وهو غير مستقيم فقد تقدم أنه يجوز النظر إلى الكفين عند الأكثرين لا لحاجة فكيف ينفيه مع الحاجة. قال في الخادم هذا عجيب لأن الرافعي صحح في المحرر والنووي في كتبه التحريم مطلقاً وكلاهما مستقيم إلى آخر ما ذكره.

ولو قال في المنهاج لكان أحسن فإنه صحح الحرمة وإنما لم يفصح في الشرح بترجيح لأنه مخالف لما نقله عن الأكثرين، وبالجملة فالاعتراض غير مسلم؛ لأن التفريع على المنع والاقتصار على الوجه صحيح وكيف ينظر زيادة على ذلك مع عدم الحاجة إليه؛ لأن المقصود المعرفة وهي بالوجه حاصلة، وهذا ظاهر جلي.

الكشف عن وجهها عند الأداء فإن امتنعت أمرت امرأة بالكشف عنه.

ومنها: أنه يجوز النظر والمسّ للفَصْد والحجامة والمعالجة لعلة وليكن ذلك بحضور مَحْرَمٍ[١]، ويشترط في جواز نظر الرجل إلى المرأة ألا يكون هناك امرأة تعالج.

وفي جواز نظر المرأة إلى الرَّجُلِ ألا يكون هناك رجل يعالج[٢].

كذلك ذكره أبو عبد الله الزُّبَيْرِيُّ والقاضي الرُّويَانيُ أيضاً وعن ابن القاص خلافه[٣]. ثم أصل الحاجة كافٍ في النظر إلى الوجه واليدين ولذلك جاز النَّظَرُ بسبب الرغبة في النكاح وفي النظر إلى سائر الأعضاء يعتبر التأكد، وضبطه الإمام فقال: ما يجوّز الانتقال بسببه من الماء إلى التراب وفاقاً أو خلافاً، كَشِدَّةِ الضنى وما في معناها يجوز النظر بسببه. وفي النظر إلى السَّوْءَتَيْنِ يعتبر مزيد تأكُّد.

قال في «الوسيط»: وذلك بأن تكون الحاجة بحيث لا يعد التكشف بسببها هَتْكاً للمروءة، ويعذر في العادات[٤]. وإلى هذا التَّرتِيبِ أشار في الكتاب بقوله: «وليكن النظر إلى السوءتين لحاجة مؤكدة».

ومنها: يجوز النظر إلى فَرْجِ الزَّانَيْينَ لتحمل شهادة الزنا، وإلى فَرْجِ المرأة لتحمل الشهادة[٥] على الولادة، وإلى ثديِ المرضعة للشهادة على الرضاع لظهور الحاجة.

هذا هو الصحيح وفيه أوجه:

أحدها: قال الإِصْطَخْرِيُّ: لا يجوز، أَمَّا في الزِّنَا فلأَنة ندب إلى سترة، وأما في الولادة والرضاع، فشهادة النساء مقبولة، فلا حاجة إلى تعمد الرجال النظر.

والثاني: يجوز في الزنا دون غيره؛ لأنه بالزنا هتك الحرمة فجاز هتك حرمته.

والثالث: يجوز في غير الزِّنا، ولا يجوز في الزِّنَا؛ لأن الحد مبني على الإِسقاط.

فرع: في الخُنْثَى المشكل وجهان:

---

(١) أي أو سيد أو امرأة ثقة إذا جاوزنا خلوة الأجنبي بامرأتين.

(٢) قال الأذرعي: لو لم نجد لمعالجة المرأة إلا كافرة ومسلماً فالظاهر أنه يكتفي بالكافرة لأن نظرها أو مسها أخف من الرجل.

(٣) قال النووي: الأول أصح، وبه قطع القاضي حسين والمتولي. قالا أيضاً: ولا يكون ذمياً مع وجود مسلم. والله أعلم.

(٤) قال في القوت عن الكافي للخوارزمي: لو كان بعورة الرجل أو المرأة علة جاز للطبيب الأمين أن ينظر إليها للمعالجة كما في الختان فقيد بالأمين ومقتضاه أنه يجب اعتباره فلا يعدل عنه إلى غيره مع وجوبه.

(٥) في ز: للشهادة.

أظهرهما: الأَخْذُ بالاحتياط، فيجعل بالإِضافة إلى النساء رجلاً، وبالإِضافة إلى الرجال امرأة.

وعن القَفَّالِ: الحكم بالجواز استصحاباً لما كان في الصغر حتى يظهر خِلاَفُهُ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الرَّابِعَةُ): **الخِطْبَةُ مُسْتَحَبَّةٌ. وَالتَّصْرِيحُ بِخِطْبَةِ المُعْتَدَّةِ حَرَامٌ، وَالتَّعْرِيضُ جَائِزٌ فِي عِدَّةِ الوَفَاةِ، وَحَرَامٌ فِي عِدَّةِ الرَّجْعِيَّةِ، وَفِي عِدَّةِ البَائِنِ وَجْهَانِ، وَيَحْرُمُ الخِطْبَةُ عَلَى خِطْبَةِ الغَيْرِ بَعْدَ الإِجَابَةِ، وَالسُّكُوتُ كَالإِجَابَةِ عَلَى قَوْلٍ، وَيَجُوزُ الصِّدْقُ فِي ذِكْرِ مَسَاوِي الخَاطِبِ لِيُحْذَرَ.**

قال الرَّافِعِيُّ: قوله: «الخِطْبَة مُسْتَحَبَّةٌ» ممكن أن يحتج له بفعل النبي - ﷺ - وما جرى عليه الناس لكن لا ذكر للاستحباب في كتب الأصحاب، وإنما تكلموا في الجواز.

واعلم أن المرأة إما خَلِيَّةٌ عن النكاح والعدة، فيجوز خطبتها تعريضاً وتصريحاً، أو منكوحةً فيحرم خطبتها تعريضاً وتصريحاً، أو مُعْتَدَّةٌ فيحرم التصريح بخطبتها، وأما التعريض فيحرم أيضاً في عدة الرجعية؛ لأنها في معنى المنكوحات، ولا يحرم في عدة الوفاة على ما قال الله تعالى: **﴿وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾** [البقرة: ٢٣٥]. وفرقوا بينه وبين التصريح، بأنه إذا صرح بخطبتها تحققت رغبته فيها، وربما تكذب في انقضاء العدة لغلبة شهوة، أو غيرها وإذا عرض لم تتحقق الرغبة، وفي بعض الشُّروحِ حكاية وجه: أن المتوفى عنها زوجها إن كانت تعتد بالْحَمْلِ لم تخطب خوفاً من أن تتكلف إلقاء ولدها. أما البائنة، ففي التعريض بخطبتها قولان:

وقال الإمام وصاحب «الكتاب» وجهان:

أصحهما: وهو نصه في «البُوَيْطِيِّ»: أنه يجوز لانقطاع سلطنة الزوج عنها وحصول البينونة.

والثاني: المنع؛ لأن لصاحب العدة أن ينكحها فأشبهت الرجعية والمفسوخ نكاحها بسببٍ من الأسباب المقتضية للفسخ، كالبائنة والتي لا تحل لمن منه العِدَّةُ كالمُطَلَّقَةِ ثلاثاً والمفارقة باللعان، والرضاع كالمعتدة عن الوفاة، ومنهم من جعلها على الخلاف في الثانية، ثم في الصور التي لا فرق على المشهور بين أنْ تكون معتدة بالأَقْرَاء أو بالشُّهور.

وقيل: بتخصيص الْخِلاَفِ بذواتِ الأشهر وبالقطع بالمنع في ذوات الأقراء؛ لأنها قد تكذب في انقضاء الْعِدَّةِ لِرَغْبَتِهَا في الخاطب، وفي الْمُعْتَدَّةِ عن وطء الشبهة طَرِيْقَانِ أَحَدُهُمَا: طَرْدُ الْخِلاَفِ.

وَأَصَحُّهُمَا: الْقَطْعُ بِالْجَوَازِ؛ لأَنَّ من منه العِدَّةُ ليس له عليها حَقُّ نِكَاح، وَرُبَّمَا بني الخلاف في هذه الصُّوَرِ خلافاً ووفاقاً عَلَى أَنَّ المقتضي للتحريم في الرَّجْعِيَّةِ ماذا؟

فقالت طَائِفَةٌ: المقتضي أنها تعرض أن تراجع فقد تَحْمِلُهَا الرَّغْبَةُ فِي الْخَاطِبِ عَلَى أَنْ تَكْذِبَ فِي انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ دَفْعاً للرَّجْعَةِ.

وَقَالَ آخَرُونَ: المقتضي أَنَّها مَجْفُوَّةٌ بالطَّلاَق، فَعَسَاهَا تكذب، إذا وَجَدَتْ رَاغِباً مُسَارَعَةً إلى الانْتِقَامِ من الزَّوْجِ، والمعنيان مَفْقُودَانِ، في الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا، فَجَازَ التَّعْرِيضُ بِخِطْبَتِهَا. وفي البائنة وجد المعنى الثاني دون الأولِ، فكان على الخلاف والقائلون بهذا الْبِنَاءِ طردوا الْخِلاَفَ في المطلقة ثلاثاً وَفِي الْمَفْسُوخِ نِكَاحُهَا.

وقيل: إِنْ فَسَخَ الزَّوْجُ فعلى الْخِلاَفِ، وإِن فَسَخَتْ هي لم يَجزْ التَّعْرِيضُ بِخِطْبَتَهَا قولاً واحداً، لأَنَّهَا رغبت عن صُحْبَتِه، فلا يؤمن كذبها في انقضاء الْعِدَّةِ إِذَا وَجَدَتَ رَاغِباً.

والتَّصْرِيحُ في الخِطْبَةِ: أن يقولَ: أُرِيْدُ أَنْ نكاحك أو: إِذَا انقَضَتْ عِدَتُكِ نَكَحْتُكَ، وإذا حللت فلا تفوتي على نفسك.

والتَّعْرِيضُ ما يحتمل الرغبة في النكاح[1] وغيره ـ كقوله: رُبَّ رَاغِبٍ فِيْكِ من يجد مثلك، وَأَنْتِ جَمِيْلَةٌ، وإذا حللت فأذينني وَلَسْتُ بِمَرْغُوبٍ عَنْكِ، ولا تبقين أَيِّماً، ورُبَّ رَاغِبٍ في نِكَاحِكِ، وإنَّ اللَّهَ لَسَائِقٌ إِلَيْكِ خَيْراً، وما أشبه ذَلِكُ. وَحُكْمُ جَوَابِ الْمَرْأَةِ تَصْرِيحاً وَتَعْرِيْضاً في هذه الصُّوَرِ حكم الخطبة، وجميع ما ذكرنا، فيما إذا خَطَبَهَا غَيْرُ صَاحِبِ العِدَّةِ، فَأَمَّا إِذَا خطبها صَاحِبُ العِدَّةِ الَّتِي يَحِلُّ له نِكَاحُهَا، فله خطبتها صريحاً وتعريضاً، ثُمَّ فِي الْفَصْلِ مَسْأَلَتَانِ:

إحداهما: تَحْرُمُ الخِطْبَةِ على خِطْبَةِ الْغَيْرِ بَعْدَ صريحِ الإِجَابَةِ إلاَّ إِذَا أَذن ذَلِكَ الْغَيْرُ أو تركها[2]، لِمَا رُوِيَ عَنِ ابنِ عُمَرَ ـ رَضِيَ اللَّهَ عَنْهُ ـ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ

---

(١) سقط في ز.

(٢) قال في المهمات: نص في الأم أنها لو أذنت لوليها أن يزوجها ممن تشاء صح وحل لك أحد خطبتها على خطبة الغير.

نقله الروياني قال في التوسط وعبارة البحر قال في الأم إذا أذنت لوليها أن يزوجها ولم تعين الزوج أو قالت زوجني ممن شئت أو ممن ترى حل لكل أحد خطبتها لأنه إنما منع من الخطبة على الخطبة لما فيه من الأضرار بالغير. وليس ها هنا شخص تعين له النكاح حتى يلحقه ضرر وإفساد بخطبة الغير عليه انتهى لفظه واختصره الإسنوي فأفسده بقوله وحل لكل أحد أن يخطبها على خطبة الغير وما قاله صاحب التوسط ظاهر وقال في المهمات أيضاً: لا بدّ مع الإجابة من الإذن لولي في تزويجه وإلا لم يحرم نص عليه في الرسالة في باب النهي عن معنى يدل على معنى في حديث غيره قال في التوسط: ما ذكره بعيد من كلام الأئمة إذ كلامهم ناطق بأنها إذا كانت مستقلة لا تزوج إلا برضاها فحطت من نفسها فأجابت أنه يحرم الخطبة على خطبة المجاب وإن لم تكن أذنت للولي بعد وهو ظاهر. انتهى.

قال في المهمات أيضاً هذا التقسيم كله ماش على الغالب في خطبة الرجال للنساء وقد نصوا على=

وَسَلَّمَ - قَالَ: «لاَ يَخْطِبُ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيْهِ»[(١)]. وَيُرْوَى «إلاَّ بِإِذْنِهِ» وَصَرِيحُ ٱلإِجَابَةِ أن يَقُولَ: أجبتك إلى ذلك. أو تأذن لوليها في التزويج منه وهي ممن يعتبر إذنها، وإن لم تصرح بالإجابة وَلَكِنْ وَجَدَ مَا يُشْعِرُ بالرِّضَا وٱلإِجَابَةِ [مثل أن تقول لا رغبة عنك][(٢)] فقولان القديم: أنَّ الخِطْبَةَ لا تحرم أيضاً لإطلاق الْخَبَرِ، وَيُحْكَى هذا عَن أَبِي حَنِيْفَةَ وَمَالِكٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وَالْجَدِيْدُ: الْمَنْعُ: لأن خطبة الثاني لا تبطل شيئاً مقرراً، ولو ردت الخطبة فللغير خطبتها لا محالة، وإن لم تُوجَدْ ٱلإِجَابَةُ، ولا الرَّدُّ فمن ٱلأَصْحَابِ مَنْ قَطَع بِجَوَازِ الْخِطْبَةِ، وَلَمْ يَجْعَلْ للسكوت أَثَراً، ومنهم من طرد فيه القولين، وَجَعَل السُّكُوتَ في الباب من أَمَارَاتِ الميل أو التأمل والاستشارة، وأقام مقيمون كَلاَمَ الفريقين طريقين في الْمَسْأَلَةِ، ويمكن ألا يَجْعَلَ هذا خلافاً محققاً، ويحمل الأول على سكوت لم يقترن به ما يُشْعِرُ بالرِّضَا.

قال ٱلأَئِمَّةُ: والْمُعْتَبَرُ ردُّ الْوَلِيِّ، وإجابته إنْ كانت بِكْراً، والْوَلِيُّ الأب أو الجد دون رَدِّهَا، وإجابتها ورد المرأة وإجابتها إنْ كانت ثَيِّباً أو بِكْراً، وَالْوَلِيُّ غيرهما دون رَدِّ الْوَلِيِّ، وإجابته وفي الرَّقِيْقَةِ: المعتبر رَدُّ السَّيِّدِ، وإجابته.

وفي الْمَجْنُوْنَةِ رد السلطان، وإجابته.

= استحباب خطبة أهل الفضل من الرجال فإذا وقع ذلك فلا شك أنه يأبى بالتحريم ما سبق في المرأة. قال في الخادم هذا غلط فاحش فإنه إنما امتنع ذلك في المرأة لأنها لا تحل إلا لزوج واحد أما الرجل الحرفإنه يتزوج أربعاً فإذا خطب لامرأة فكيف يعقل امتناع أن يخطب لغيرها وهو يجوز له نكاحها وعجيب قوله «فلا شك» نعم لو كان الشخص لا يجوز له إلا نكاح واحدة كالمجنون أمكن فيه ما قال. انتهى. وهو كلام محرر وقول الشيخ المصنف إلا إذا أذن الغير أو ترك استثنى أيضاً من رجع عن إجابته أو نكح من يحرم الجمع بينها وبين المخطوبة أو طال الزمان بعد إجابته بحيث يعد معرضاً كما حكاه الأذرعي عن الإمام وشرط الحرمة أن يكون عالماً بالنهي وأن لا تكون الأولى محرمة بأن كانت في العدة واستثنى الأذرعي من تحريم الخطبة على الخطبة خطبة من لا أمان له ولا عهد قال فالوجه جواز الخطبة على خطبته وهل المرتد مثله. فيه نظر.

(١) أخرجه البخاري [٥١٤٢، مسلم (١٤١٢)].
قال الحافظ: تنبيه: زعم ابن الجوزي أن مسلماً تفرد بذكر الإذن فيه، وليس كذلك بل هو للبخاري أيضاً، وفي الباب عن أبي هريرة متفق عليه بلفظ: لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه، زاد البخاري: حتى يترك أو ينكح، وعن عقبة بن عامر عند مسلم: بلفظ المؤمن أخو المؤمن فلا يحل له أن يبتاع على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر، وهذا أدل على التحريم، وعن الحسن عن سمرة أن رسول الله ﷺ نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه، أو يبتاع على بيعه، رواه أحمد.

(٢) سقط في ز.

واعلم أنَّ السَّابِقَ إلى الْفَهْم من إطلاق الْأَكْثَرِينَ، أن يكون سكوت الولي عن الجواب على الخلاف الذي مَرَّ، لَكن ذكر بَعْضُهُم أَنَّ سُكُوتَ الولي لا يمنع الخطبة قَطْعاً، كما أنّ السُّكُوتَ لا يمنع السَّومَ على السَّوم بخلاف سُكُوتِ الْمَرْأَةِ، لأنها مَجْبُولَةٌ على الْحَيَاءِ، فلولا الرِّضَا عند السُّكُوتِ لَبَادَرَتْ إِلَى الرَّدِّ.

وعن الدَّارِكِيِّ: أَنَّ الْخِلاَفَ في سُكُوتِ الْبِكْرِ، أما الثَّيِّبُ فإن سُكُوتَهَا لا يمنع الْخِطْبَةَ بحال.

فَرْعٌ: يَجُوزُ الْهُجُومُ عَلَى الْخِطْبَةِ للذي لم يدر أنها أُخطبت أم لا، ولم يَدْرِ أن الْخَاطِبَ أجيب أم رد ولذلك الجواب[1] واحتج له بخبر فَاطِمَةَ بنت قَيْسٍ، وَذَلِكَ أن زوجها طَلَّقَهَا فَبَتَّ طلاقها، فَأَمَرَهَا النَّبِيُّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ أَنْ تَعْتَدَّ في بيت ابن أُمِّ مَكْتُوم وقال لها: «إِذَا حَلَلْتِ فَأْذِنِينِي» فلما حلت أخبرته أن معاوية وأبا جهم قد خطباها، فقال النبي ـ ﷺ ـ: «أَمَّا مُعَاوِيَةُ فَصُعْلُوكٌ لاَ مَالَ لَهُ، وَأَمَّا أَبُو جَهْمٍ فَلاَ يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ انْكِحِي أُسَامَةَ»[2]. والاستدلال أنه خطبها لأسامة بعد خطبة غيره لما لم يعلم أنها أجابت أوردت.

فَرْعٌ: وَلاَ فَرْقَ بين أن يكون الْخَاطِبُ الأَوَّلُ مُسْلِماً أو ذِمِّيّاً وهذا إذا كانت المخطوبة ذمية.

وعن أبي عِبْدِ بنِ حربُوْيَه: أَنَّ الْمَنْعَ مَخْصُوصٌ بما إذا كان مُسْلِماً، أَمَّا الذِّمِّيُّ فتجوز الخطبة على خطبته، وبمثله أجاب في السَّومِ على السَّومِ[3].

الثانية: يجوز الصِّدقُ في ذكر مَسَاوِيءِ الْخَاطِبِ، ليحذر[4]، بدليل خَبَرِ فَاطِمَةَ

---

(١) في ز: فكذلك الجواز.

(٢) أخرجه مسلم (٢/ ١١١٤) كتاب الطلاق: باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها حديث (٣٦/ ١٤٨٠).

(٣) قال النووي: قال الصيمري: لو خطب خمس نسوة دفعة، فأذِنَّ، لم يحلَّ لأحد خطبة واحدة منهن حتى يتركها الأول، أو يعقد على أربع فتحل الخامسة، وإن خطب كل واحدة وحدها، فأذنّ، حلت الخامسة دون غيرها. هذا كلامه، والمختار تحريم الجميع، إذ قد يرغب في الخامسة. قال أصحابنا: ويكره التعريض بالجماع للمخطوبة، ولا يكره التعريض والتصريح به لزوجته وأمته.

(٤) ذكر النووي في الأذكار والرياض أن ذلك واجب وهو المنقول عن صاحب الترغيب وفتاوى القفال والشيخ ابن عبد السلام والشيخ أبي عمرو بن الصلاح قال في الخادم وهو قياس القاعدة الأصولية إن ما كان ممنوعاً منه إذا جاز وجب، كالختان وقطع اليد في السرقة وهو نظير ما قالوه في البيع أنه يجب على البائع ذكر العيب بالسلعة وكذا لو علمه الأجنبي قال في المهمات دخل في عمومه ما لو استسير في نفسه وفيه نظر قال في التوسط: كيف يقال يستحب أو لا يجب ولا يستحب والنية ظهر لي قديماً وفي شرح المنهاج وغيره أنه إذا استسير في أمر نفسه هل يذكر بعض=

بِنْتِ قَيْسٍ ـ رضي الله عنها ـ فإن النَّبيَّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمُ ـ تعرض للخاطبين بما يكرها، ومعاوية الذي خَطَبَهَا هو ابن أبي سُفْيَانَ على المشهور، وقيل: بل غيره.

وقوله: لاَ يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ.

قيل: كناية عن كَثْرَةِ الضَّرْبِ، وَسُوءِ الْخُلُقِ. وقيل: عن كثرة السَّفَرِ.

وَعَن أبي بَكْرٍ الصَّيْرَفِيِّ: أَنَّهُ كِنَايَةٌ عن كثرة الْجِمَاعِ، واسْتُبْعِدَ ذلك؛ لبُعْدِ اطِّلاَعِ النَّبِيِّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ على هذه الْحَالَةِ من غيره، ثم لبعد ذكره عن خلقه وأدبه، ثم؛ لأن المرأة لا ترغب عن الخاطب بذلك، وليس هذا من الغيبة المحرمة إنما الغيبة المحرمة ذكر مَثَالِبِ النَّاسِ وإضحاك النَّاسِ بها وهتك أَسْتَارِهِمْ، وذكر مساوىء الإِنْسَانِ بين يدي عدوه تَقَرُّباً إليه، وما أشبه هذه الأَغْرَاضَ الْفَاسِدَةَ[١].

وأما إذا أراد نصيحة الْغَيْرِ ليحترز عن وصلته بالنِّكَاحِ، والشركة ونحوهما، فلا منع.

= مساوئها جوازاً أو وجوباً لم أرَ فيه شيئاً والوجوب مطلقاً بعيد بل عليه النصح إجمالاً بأن لا يقول في ما لا يلائمكم ونحو ذلك وبعيد جواز ما لا يباح له التحدث به من الفواحش ونحوها ولا خرج عليه في قوله عندي شح أو خلقي شديد ونحوهما فلو كان عنينا أو أشل فيجب أن يبين حاله بياناً لعيبه كما لو كان به برص ونحوه من العيب وهذا ظاهر لا شك فيه. انتهى.

قال في الخادم: قال البارزي إن كان فيه شيء من العيوب المثبتة للخيار وجب ذكره للزوجة وإن كان فيه ما يقلل الرغبة عنه كسوء الخلق والشح وغيره مما لا يثبت الخيار استحب وإن كانت المساوىء في المعاصي وجب عليه التوبة في الحال ويستر نفسه وإن كانت الاستسارة في ولاية فإن علم من نفسه عدم الكفاية أو الخيانة وأنه لا تطوعه نفسه على تركها فيجب عليه أن يبين ذلك أو يقول لست أهلاً للولاية. انتهى.

وذكر المساوىء محله إذا لم يحصل الغرض بدون تفضيل فإن حصل بالبعض وجب الاقتصار عليه كما ذكره النووي في الأذكار والغزالي في الإحياء.

(١) قال النووي في زوائده: الغيبة تباح بستة أسباب قد أوضحتها بدلائل وما يتعلق بها وطرق مخارجها في آخر «كتاب الأذكار».

أحدها: التظلم، فيجوز للمظلوم أن يتظلَّم إلى السلطان والقاضي وغيرهما ممن له ولاية أو قدرة على إنصافه ممن ظلمه، فيقول: ظلمني فلان وفعل بي كذا.

الثاني: الاستعانة على تغيير المنكر وردّ العاصي إلى الصواب، فيقول لمن يرجو قدرته على إزالة المنكر: فلان يعمل كذا فازجره عنه، ونحو ذلك.

الثالث: الاستفتاء، بأن يقول للمفتي: ظلمني فلان أو أبيَ أو أخي بكذا، فهل له ذلك، أم لا؟ وما طريقي في الخلاص منه ودفع ظلمه عني؟ ونحو ذلك. وكذا قوله: زوجتي تفعل معي كذا، وزوجي يضربني ويقول لي كذا فهذا جائز للحاجة. والأحوط أن يقول: ما تقول في رجل أو زوج أو والد كان من أمره كذا، ومع ذلك فالتعيين جائز، لحديث هند في «الصحيحين»: إن أبا سفيان شحيح... الحديث.

وقد رُوِيَ أنه قَالَ - صَلَّى اللَّهُ عليه وَسَلَّمَ - قال: «إِذَ اسَتَنْصَحَ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ فَلْيَنْصَحْهُ»(١).

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الخَامِسَةُ): **يُسْتَحَبُّ الخُطْبَةُ عِنْدَ الخِطْبَةِ، وَعِنْدَ العَقْدِ، وَحَسَنٌ أَنْ يَقُولَ الوَلِيُّ: الحَمْدُ لِلَّهِ وَالصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ زَوَّجْتُ، وَيَقُولُ الزَّوْجُ مِثْلَ ذَلِكَ ثُمَّ يَقْبَلُ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ هَذَا التَّفْرِيقَ بَيْنَ الإِيجَابِ وَالقَبُولِ لاَ يَضُرُّ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يُسْتَحَبُّ لِمَنْ خَطَبَ امْرأَةً أن يقدم بين يدي خِطْبَتِهِ خُطْبَةً، فَيَحْمَدَ اللَّهَ، ويثني عليه، ويُصَلِّي على رسوله - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - ويوصي بتقوى اللَّهِ تَعَالَى، ثم يقول: جئتكم خاطباً كَرِيمَتَكُمْ ويخطب الولي أيضاً كذلك ثم يقول: لست بمرغوب عَنْك وما في معناه وَيُسْتَحَبُّ خطبة أيضاً عند العقد.

رُوِيَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ - رضي اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قال:

= **الرابع:** تحذير المسلمين من الشر، وذلك من وجوه.

منها: جرح المجروحين من الرواة والشهود والمصنِّفين، وذلك جائز بالإِجماع، بل واجب، صوناً للشريعة.

ومنها: الإِخبار بعينه عند المشاورة في مواصلته.

ومنها: إذا رأيت من يشتري معيباً، أو عبداً سارقاً، أو زانياً، أو شارباً، تذكره للمشتري - إذا لم يعلمه - نصيحة، لا بقصد الإِيذاء والإِفساد.

ومنها: إذا رأيت متفقهاً يتردد إلى فاسق أو مبتدع يأخذ عنه علماً، وخفت عليه ضرره، فعليك نصيحته ببيان حاله قاصداً النصيحة.

ومنها: أن يكون له ولاية لا يقوم بها على وجهها لعدم أهلِّيته أو فسقه، فتذكره لمن عليه ولاية ليستبدل به، أو يعرف حاله فلا يعتبر به أو يلزمه الاستقامة.

الخامس: أن يكون مجاهراً بفسقه أو بدعته، كالخمر، ومصادره الناس، وجباية المكوس، وتولِّي الأمور الباطلة، فيجوز ذكره بما يجاهر به، ولا يجوز بغيره إلاّ بسبب آخر.

السادس: التعريف، فإذا كان معروفاً بلقب، كالأعمش والأعرج والأزرق والقصير ونحوها، جاز تعريفه به، ويحرم ذكره به تنقّصاً، ولو أمكن التعريف بغيره، كان أولى. هذا مختصر ما تباح به الغيبة. والله أعلم.

(١) أخرجه البيهقي من حديث أبي الزبير عن جابر بسند حسن. وفي الباب عن حكيم بن أبي يزيد عن أبيه عند أحمد [٢٥٩/٤] [٤١٨/٣ - ٤١٩] والحاكم والبيهقي، وعند الطبراني من طرق، ومداره على عطاء بن السائب، وقد قيل عنه عن أبيه عن جده وهو غلط، بينته في تغليق التعليق، وفي معرفة الصحابة، وعن أبي طيبة الحجام رواه أبو نعيم في المعرفة في حرف الميم في ترجمة ميسرة، وروى مسلم [٥٦] في صحيحه عن أبي هريرة: حق المسلم على المسلم بستة فذكرها وفيها: وإذا استنصحك فانصح له رواه البخاري من حديث جرير [٥٧ - ٥٢٤ - ١٤٠١ - ٢١٥٧ - ٢٧١٤ - ٢٧١٥ - ٧٢٠٤].

«كُلُّ كَلاَمٍ لاَ يُبْدَأُ فِيْهِ بِالْحَمْدِ لِلَّهِ فَهُوَ أَجْذَمُ»[١] ويروى «كُلُّ أَمْرٍ ذِي بَالٍ لاَ يُبْدَأُ فِيْهِ بِحَمْدِ اللَّهِ فَهُوَ أَبْتَرٌ». وسواء خطب الولي، أو الزوج، أو أجنبي يحصل الاستحباب وإذا قال الولي: الحمد لله، والصلاة على رسول الله زوَّجت منك، فقال الزوج: الحمد لله والصلاة على رسول الله قبلت، هل يصح النكاح؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا ـ لأنه تخلل بين الإيجاب والقبول ما ليس من العقد.

وأصحهما: الصحة؛ لأن المتخلل من مصالح العقد، ومقدمات القبول، فلا يقطع الموالاة بينهما كالإقامة بين صلاتي الجمع، وكطلب الماء والتيمم، وبهذا الوجه أجاب أكثر الأصحاب من العراقيين وغيرهم، وقالوا: للنكاح خطبتان مستويتان:

إحداهما: تتقدم العقد.

والثانية: تتخلله وهو أن يقول: الولي بِسْمِ اللَّهِ، والْحَمْدُ للَّهِ، والصلاة على رسول الله أوصيكم بتقوى الله. زوَّجتك فلانة، ويقول الزوج مثل ذلك [ثم يقول قبلت، وعلى هذا ينطبق قوله في الكتاب ثم يقول الزوج مثل ذلك بعد قوله][٢] وعلى هذا ينطبق قوله وحسن أن يقول الولي إلى آخره، ثم هنا كلمتان:

إحداهما: قال الأئمة ـ رحمهم الله ـ: موضع الوجهين ما إذا لم يطل الذكر بينهما، فإنْ أَطَالَ قطعنا ببطلان العقد[٣]، وكان يجوز أنْ يُقَالَ إذا كان الذِّكْرُ مقدمة للقبول وَجَبَ ألا تضر إطالته؛ لأنها لا تشعر بالإعراض.

والثانية: لو كان المتخلل كلاماً لا يتعلق بالعقد ولا يستحب فيه، فإيراد بعضهم يقتضي الجزم بالبطلان. وحكى الإِمَامُ وجهين فيه أيضاً:

وَجْهُ الْبُطْلاَنِ فيه أنَّ الكلامَ الأجنبي، وإن كان يسيراً فهو كالسُّكُوتِ الطويل ألاَّ

---

(١) أبو داود [٤٨٤٠] والنسائي [٤٩٤] وابن ماجه [١٨٩٤]، وأبو عوانة والدارقنطي [١/٢٢٩] وابن حبان [١٩٩٣ موارد] والبيهقي من طريق الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة، واختلف في وصله وإرساله، فرجح النسائي والدارقطني الإرسال قوله: ويروي كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بحمد الله فهو أبتر، هو عند أبي داود والنسائي كالأول، وعند ابن ماجه كالثاني، لكن قال: أقطع، بدل: أبتر، وكذا عند ابن حبان، وله ألفاظ أخر أوردها الحافظ عبد القادر الرهاوي في أول الأربعين البلدانية له.

(٢) سقط في ز.

(٣) قال النووي في المنهاج: الصحيح لا يستحب ذلك للزوج وكذا قال في الأذكار، قال في القوت: القول بأنه لا يستحب ولا يبطل خارج عن كلامهما أي في الشرح والروضة قال: ولم أر من قال لا يستحب ولا يبطل فضلاً عن ضعف الخلاف، ثم قال وقول الشيخ قبلت. صح أي مع لفظه نكاحها أو تزويجها أما لو اقتصر على قوله قبلت فإنه لا يصح.

ترى أنّ الكلامَ اليسير يبطل الموالاة في الفاتحة، كالسكوت الطويل[١] واستشهد للوجه الثاني بنصِّ الشَّافِعِيِّ ـ رحمه الله ـ في مسألة نذكرها في آخر الباب الأول من كتاب «الْخُلْعِ» إن شاء الله ـ تعالى ـ فعلى هذا لا فرق في جريان الوجهين، وكان الفرق في الأظهر منهما، ويتأيد ما ذكرناه بأن مقدار الإقامة مما ليس من مصلحة الطلاق لا يبطل الموالاة بين صلاتي الجمع، فالحكم يدار على كون المتخلل يسيراً، لا على كونه مصلحة الصلاة[٢] واستحب الشَّافِعِيُّ ـ رضي الله عنه ـ أن يقول الولي: أنكحتها على ما أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى من إمساك بِمَعْرُوفٍ، أو تَسْرِيح بإحسان، وهذا إذا ذكراه قبل العقد، فذاك، وإن قيد الولي الإيجاب به وقبل الزوج مطلقاً أو مكرراً له فوجهان:

أحدهما: أنه يبطل النكاح؛ لأنه نكاح بشرط الطلاق على أحد التقديرين، وهذا ما اختاره الشَّيخُ أبو مُحَمَّدٍ.

وأصحهما: الصحة؛ لأن كُلَّ زوجٍ مأخوذ به بموجب الدّين فليس في ذكره إلاّ التعرض لمقتضى العقد، وفصّل الإمام فقال: إن أجرياه شرطاً ملزماً، فالوجه البطلان، وإن قصدا الْوَعْظَ دون الإِلْزَام لم يضر، وإن أطلقا احتمل واحتمل وَقَرِينَةُ الْحَالِ تدل على قصد الْوَعْظِ، وتبرك الأئمة بخطبة النِّكَاحِ بما روي عن ابنِ مَسْعُودٍ ـ رضي الله عنه ـ موقوفاً ومرفوعاً:

قال: إذا أراد أحدكم أن يخطب لحاجة من النكاح أو غيره فليقل: الحَمْدُ للَّهِ. نحمده ونستعينه ونستهديه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، وسيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله. ثم قرأ هذه الآيات **﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلاَ تَمُوتُنَّ إِلاَّ وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾** [آل عمران: ١٠٢] **﴿يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلقه منها زوجها وبث منها رجالاً ونساءً واتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تُسَاءَلُونَ بِهِ وَالأَرْحَام إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيباً﴾** [النساء: ١] **﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلاً سَدِيداً يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزاً عَظِيماً﴾** [الأحزاب: ٧٠، ٧١].

وعن القَفَّالِ: أنه كان يقول بعد هذه الخُطْبَةِ: أما بعد فإنّ الأمور كلها بيد الله يقضي فيها ما يشاء ويحكم ما يريد لا مُؤَخِّرَ لِمَا قَدَّمَ، وَلاَ مُقَدِّمَ لِمَا أَخَّر، ولا يجتمع اثنان، ولا يفترقان إلاّ بقضاء الله، وقدره وفي كتاب قد سبق، وإن مما قضي الله وقدر أن خطب فلانٌ بنُ فلانٍ فُلاَنَةَ بِنْتَ فُلاَنٍ على صداق كذا، وسيزوجها وليها، أو وَكِيْلُ

---

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

وَلِيِّهَا على ما سمى من الصدقات على ما أخذ الله للمؤمنات على المؤمنين من إمساك بمعروف، أو تسريح بإحسان.

أقول: قولي هذا وأستغفر اللّهَ لي ولكم أجمعين.

وزاد القاضي الرُّويَانِيُّ وغيره بين كلمتي الشهادة وبين الآيات الذي أرسله بالهدى، ودِيْنِ الْحَقِّ لِيُظْهِرَهُ عَلَى الدِّيْنِ كُلِّهِ وَلَوْ كَرِهِ الْمُشْرِكُونَ، ثم اعلموا أن الله تعالى أَحَلَّ النكاح، وندب إليه وحرم السِّفَاحَ وأوعد عليه فقال تعالى: **﴿وَأَنكِحُوا الأَيَامَى مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾** [النور: ٣٢]. وقال تعالى: **﴿وَلاَ تَقْرَبُوا الزِّنَا إِنَّه كَانَ فَاحِشَةً﴾** [الإسراء: ٣٢] الآيتين. وقال ـ ﷺ: «تَنَاكَحُوا تَكْثُرُوا» وقال: «النِّكَاحُ سُنَّتِي...»[1] الحديثين وَيُسْتَحَبُّ الدُّعَاءُ للزوجين بعد العقد رُوِيَ أنه ـ عليه السَّلامُ ـ كان يقول للإنسان إذا تزوج «بَارَكَ اللّهُ لَكَ وَبَارَكَ عَلَيْكَ وَجَمَعَ بَيْنَكُمَا فِي خَيْرٍ»[2] وعن جابر ـ رضي الله عنه ـ قال: قال لي النَّبِيُّ ـ ﷺ ـ: «يَا جَابِرُ تَزَوَّجْتَ؟ فَقُلْتَ: نَعَمْ. فَقَالَ: بَارَكَ اللّهُ لَكَ»[3].

قَالَ الغَزَالِيُّ:

(القِسْمُ الثَّانِي فِي الأَرْكَانِ) وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: (الأَوَّلُ الصِّيغَةُ) وَهِيَ الإِنْكَاحُ وَالتَّزْوِيجُ، وَلاَ يَقُومُ (ح م و) غَيْرُهُمَا مَقَامَهُمَا إِلاَّ تَرْجَمَتَهُمَا (و) بِكُلِّ لِسَانٍ فِي حَقِّ القَادِرِ وَالعَاجِزِ جَمِيعاً، وَلاَ يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِالكِنَايَةِ لأَنَّ الشَّاهِدَ لاَ يَعْلَمُ النِّيَّةَ، وَلاَ البَيْعُ عَلَى وَجْهٍ لأَنَّ المُخَاطَبَ لاَ يَعْلَمُ، وَيَصِحُّ الطَّلاَقُ وَالإِبْرَاءُ وَالفَسْخُ وَمَا يَسْتَقِلُّ بِهِ، وَهَلْ يَكْفِي أَنْ يَقُولَ الزَّوْجُ قَبِلْتُ

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه أحمد والدارمي وأصحاب السنن أبو داود [٢١٣٠] الترمذي [١٠٩١] النسائي [٢٥٩] ابن ماجة [١٩٠٥] وابن حبان [١٢٨٤ موارد] والحاكم [١٨٣/٢] من حديث أبي هريرة، وصححه أيضاً أبو الفتح في الاقتراح على شرط مسلم، وفي الباب عن عقيل بن أبي طالب رواه الدارمي وابن السني وغيرهما، من طريق الحسن قال: تزوج عقيل بن أبي طالب امرأة من بني حشم، فقيل له: بالرفاه والبنين. فقال: قولوا كما قال رسول الله: بارك الله فيكم، وبارك لكم، واختلف فيه على الحسن أخرجه بقي بن مخلد من طريق غالب عنه عن رجل من بني تميم قال: كنا نقول في الجاهلية: بالرفاه والبنين، فعلمنا نبينا ﷺ فقال: «قولوا فذكره».

(٣) رواه مسلم [٧١٥] وفي الباب حديث أنس في قصة عبد الرحمن بن عوف.

وقال النووي: ويكره أن يقال: بالرِّفاء والبنين، لحديث ورد بالنهي عنه، ولأنه من ألفاظ الجاهلية.

ومما يتعلق بآداب العقد، أنه يستحب إحضار جمع من أهل الصلاح زيادة على الشاهدين، وأن ينويَ بالنكاح المقاصد الشرعية، كإقامة السنّة، وصيانة دينه وغيرهما، ويستحب للولي عرض موليته على أهل الفضل والصلاح، لحديث عمر رضي الله عنه في «الصحيحين». والله أعلم.

أَوْ لاَ بُدَّ أَنْ يَقُولَ قَبِلْتُ نِكَاحَهَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالنَّصُّ أَنَّهُ يَنْعَقِدُ بِالإِسْتِيجَابِ وَالايجَابِ، وَالخُلْعُ وَالصُّلْحُ عَنْ دَمِ العَمْدِ وَالكِتَابَةِ أَوْلَى بِالانْعِقَادِ، وَفِي البَيْعِ قَوْلاَنِ، وَقِيلَ بِطَرْدِ القَوْلَيْنِ فِي الجَمِيعِ وَهُوَ القِيَاسُ.

«القول في أركان النكاح»

قال الرَّافِعِيُّ: عد أركان النِّكاح أربعة:

أحدها: الصيغة إيجاباً وقبولاً فيقول الولي: زوجتك أو نكحتُك، ويقول الزوج: تزوجت، أو نَكَحْتِ، أو قبلت تزويجها، أو نكاحها، أو يقول الزَّوْجُ أولاً: تزوَّجتُها أو نَكَحْتُها فيقول الوليُّ: زوَّجتُك أو أنكحتُكَ. واللفظ المعتبر في الباب هو الإِنكاح والتزويج، فلا ينعقد بسائر الألفاظ سواء منها ما يقتضي التمليك[1] كالبيع والهبة والصدقة[2]، أو لا يقتضيه كالإِحلال والإِباحة وسواء إن جرى ذكر المهر، أو لَمْ يَجْرِ.

---

(١) اختلف الفقهاء أيضاً في انعقاد النكاح بلفظ التمليك.
فمنهم من يرى عدم انعقاده وهم الشافعية والحنابلة، ومنهم من يرى انعقاده وهم المالكية الحنفية وإليه ذهب ابن حزم في المحلى.
الأدلة: استدل الشافعية ومن وافقهم بما يأتي:
أولاً: بقوله ﷺ: «اتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ» الخ...
ثانياً: قالوا: إن لفظ التمليك ليس بصريح في النكاح فلا ينعقد به، وذلك لأن الشهادة شرط في النكاح، والكناية إنما تعلم بالنية، ولا يمكن الشهادة على النية لعدم اطلاعهم عليها فيجب ألا ينعقد النكاح بلفظ التمليك.

(٢) اختلف الفقهاء في انعقاد النكاح بلفظ الهبة.
فذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية إلى القول بأن لا ينعقد النكاح بلفظ الهبة وبه قال سعيد بن المسيب، وعطاء، والزهري وربيعة.
وذهب الحنفية والمالكية إلى القول بانعقاد النكاح بلفظ الهبة، إلا أن المالكية قالوا: ينعقد بها النكاح بشرط ذكر المهر، ويظهر أنهم إنما اشترطوا في انعقاد النكاح بلفظ الهبة ذكر المهر لأن إسقاط المهر عندهم يؤثر في النكاح، ولما كان النكاح بلفظ الهبة يشعر بإسقاط المهر نظراً إلى أن لفظ الهبة من ألفاظ التبرعات، لذلك قالوا: ينعقد بها النكاح مع ذكر المهر.
وقد استدل الشافعية ومن وافقهم على عدم انعقاد النكاح بلفظ الهبة بالكتاب والسنّة والمعقول.
أما الكتاب فقول الله تبارك تعالى في قصة المرأة التي وهبت نفسها للنبي ﷺ: ﴿امْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾.
ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة أن الله تعالى قال: ﴿خَالِصَةً لَكَ﴾ فدل ذلك على أن الانعقاد بلفظ الهبة من خصوصياته ﷺ، وأما السنة فما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: «اتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ فَإِنَّكم أَخَذْتُمُوهُنَّ بأَمانَةِ اللَّهِ واسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ»، ووجه الدلالة من الحديث أنهم قالوا: إن الكلمة التي أحل الله بها الفروج في كتابه إنما هي الإِنكاح والتزويج فقط، =

وقال أَبو حَنِيْفَةَ: ينعقد بما يقتضي التمليك دون الإِحلال والإِباحة، وعنه اختلاف رواية في لفظ الإِجارةِ. وقال مالك ـ رضي الله عنه ـ: ينعقد بسائر الألفاظ بشرط ذكر الْمَهْرِ، واحتج الأصحاب للمذهب بأن ما ينعقد به غير النكاح لا ينعقد به النكاح؛ كالإِحلال والإِباحة، فإن النكاح ينزع إلى العبادات لورود الندب فيه، والأذكار في العبادات تُتَلَقَّى من الشرع، والقرآن ورد بهذين اللفظين دون غيرهما، وهل ينعقد بمعنى اللفظين بالعجمية، وسائر اللغات؟! فيه طريقان:

أحدهما: إنه إن كان يحسن الْعَرَبِيَّةَ، ويقدر على التكلم بها، فلا ينعقد، لأنه عدل عن النكاح، والتزويج مع القدرة فصار كما لو عدل عن البيع والتمليك وَيُحْكَى هذا عن أحمد. وإن لم يحسنها فوجهان:

أحدهما: أنَّ الجواب كذلك؛ لأن العربية لما كانت شرطاً عند القدرة لم يَجُزْ غيرهما عند الْعَجْزِ كقراءة الفاتحة، وعلى هذا فيصبر إلى أن يتعلم، أو يوكل.

وأصحهما: الانعقاد؛ لأنه لفظ لا يتعلق به إعجاز، فاكتفى بترجمته عند العجز كالتكبير وعلى هذه الطريقة جَرَى الشَّيْخُ أبو حَامِدٍ وآخرون.

وأظهرهما: أنه إن لم يحسنها انعقد النكاح وجهاً واحداً ولا يكلف التعلم والعقد، بغير لغته كما في سائر العقود، وإن أحسنها فوجهان:

أصحهما: الانعقاد أيضاً اعتباراً بالمعنى وليس كلفظ البيع والتمليك، لاختلاف المعنى، وتحكى هذه الطريقة عن ابن أبي هُرَيْرَةَ والقاضيين أبي حَامِدٍ وأبي الطَّيِّبِ، وإذا أطلقنا الكلام، واختصرنا حصل في المسألة ثَلاَثَةِ أَوْجُهٍ:

ثالثها: الفرق بين أن يُحْسِنَ العربية، أو لا يحسنها وينسب هذا إلى الإِصْطَخْرِيِّ ومنهم من ينسب إليه المنع المطلق وترجمه اللفظين بالعجمية أن يقول: [«بزنى تودادم»][1] ويَقُولُ الزَّوجُ: [بزني كردم][2]، [أو][3] نحو ساتم [بزنى، أو

= أخذا من الكتاب والسنّة بالاستقراء دون الهبة.

وأما المعقول فقد قالوا فيه: إن الهبة من ألفاظ الطلاق حتى أن يقع الطلاق بقوله الزوجية: وهبتك لأهلك فلا يكون موجباً لضده.

واستدل المالكية والحنفية على انعقاد النكاح بلفظ الهبة بنفس الآية التي استدل بها الشافعية.

ووجه الدلالة منها أنهم قالوا: إن هذا اللفظ انعقد به نكاح النبي ﷺ فوجب أن ينعقد به نكاح أمته كلفظ الإِنكاح والتزويج.

(١) جملة فارسية بمعنى: زوجتك نفسي (أعطيت نفسي زوجة لك).

(٢) جملة فارسية بمعنى تزوجتك.

(٣) سقط في ز.

يديرافتم بزنى][1] ولا يكفي أن يقول [بتوداذم][2] فيقول [بنيرافتم][3]، لأنه معنى الهبة دون النكاح، وإذا أتى أحد المتناكحين بالعربية والآخر بغيرها لم يخف التخريج على الخلاف المذكور، وإذا صححنا فذلك إذا فهم كل واحد منهما كلام الآخر، فإن لم يفهم ولكن أخبره ثقة عن معنى لفظ الآخر، ففي الصحة وجهان[4]، ولا يُشْتَرَطُ اتفاق اللفظين من الجانبين. بل لو قال: أنكحتك فقال الزوج: تزوجت، أو قال: زوجتك. فقال: نكحت جاز كما سبق نظيره في «البيع» ثُمَّ في الفصل مسألتان:

المسألة الأولى: لا ينعقد النكاح بالكنايات وينعقد بما يستقل به الشَّخْصُ كالطلاق والفسخ والإبراء، وفي «البيع» وجهان. وكل ذلك قد ذكرناه في «البَيْع» فإذا قال الولي: زوجتكها فليقل الزوج: قبلت نكاحها أو تزوجتها أو قبلت هذا النكاح، فإن اقتصر على قوله: قبلت فالنص في «الأم» أنه لا يصح النكاح، وهو ظاهر كلامه في «المختصر» ونصه في «الإملاء» الصحة، وفيهما طرق للأَصْحَابِ:

أصحها: أنّ الْمَسْأَلَةَ على قولين:

أحدهما: الصحة، وبه قال أبو حنيفة وأحمد؛ لأن الْقَبُولَ ينصرف إلى ما أوجبه الولي، فكان كالمعاد لفظاً.

وأظهرهما: المنع؛ لأنه لم يُوْجَدْ منه التصريح بواحد من لفظي النِّكَاحِ والتزويج، والنِّكَاحُ لا ينعقد بالكنايات.

والثاني: القطع بالمنع، والمطلق في «الإملاء» محمول على المقيد في «المختصِر».

والثالث: القطع بالصحة، وينزل ما في «الأم» و «المختصر» على التأكيد، ولو قال: قبلت النكاح، ولم يضف النكاح إليها، أو قال: قبلتها، ولم يذكر النكاح، ففيه خِلاَفٌ مرتب على الخلاف فيما إذا اقتصر على قوله: «قبلت»، وهاتان الصورتان أولى

---

(١) جملة فارسية بمعنى قبلتها زوجة (قبلت زواجها وهي زوجة لي).

(٢) جملة فارسية معناها: وُهِبْتُ لك.

(٣) كلمة فارسية بمعنى: قَبِلْتُ.

(٤) سكت الشيخ عن الترجيح قال في القوت الظاهر المنع ووافقه في الخادم على ذلك وقال خص الإمام الوجهين بما إذا لم يتعلم القابل الصيغة ولم ينتهي إلى حال لو سمعها مرة أخرى لعرف معناها فأما إذا تعلمها وقبل بالفارسية على قرب صح قطعاً لأنه التحق بمن تعرف العربية قال وأهمل شرطاً آخر وهو أن يكون الشاهدان عالمين بلغة المتعاقدين.

[بالصحة](١) للتصريح بالنكاح في الأولى والإضافة إلى المنكوحة في الثانية، وأجرى مجرون الْخِلاَفَ فيما إذا قَالَ: زَوِّجْنِي، أو أَنْكِحْنِيْ، فقال الْوَلِيُّ: قَدْ فَعَلْتُ ذَلِكَ، أَوْ نَعَمْ اكتفى بِلَفْظِ النِّكَاحِ في أحد الطرفين، وفيما إذا قال الْوَلِيُّ: زوجتكها أو أنكحتكها. أَقَبِلْتَ؟ قال: نعم.

وكذا لو قال: نعم من غير قول الولي: أقبلت؟. ومنهم من قطع بالمنع، كما لو قال أتزوجني ابنتك؟. فقال: نعم. فقال: قبلت. والأول أقيس، وفي نظائر هذه الصور من البيع ينعقد البيع وكذا لو قال: بعت منك كذا فاقتصر في الجواب على قوله: قبلت على ما سبق في «البيع».

وحكى الحنَّاطِيُّ وجهاً: أنه لا ينعقد كما في النكاح، وقد ذكرنا في «البيع» خلافاً فيما إذا كتب إلى غَائِبٍ بالبيع ونحوه مِنَ التَّصَرُّفَاتِ، وَأَمَّا فِي النِّكَاحِ ففيما علق عن القاضي أبي سعد الهَرَوِي إثبات وجهين أيضاً؛ لأن الْغَائِبَ يخاطب بالكتاب، وَقَطَعَ بِالْمَنْعِ فِيْمَا إِذَا كانا حاضرين فَتَنَاكَحَا بالكتابة؛ لأنه لاَ ضَرُورَةَ، والْمَشْهُورُ الْمَنْعُ في الغائب أيضاً؛ لأن الكتابة كناية والنكاح لا ينعقد بالكناية.

قال في «التَّهْذِيبِ»: ولو خاطب غائباً بلسانه فقال: زوَّجتُك ابنتي، ثم كتب فبلغه الكتابة أو لم تبلغه أن بلغه الخبر فقال: قبلت نكاحها فيلغو؛ لتراخي الْقَبُولِ عَنِ الإِيجَابِ، أَوْ يصح ويجعل كَأَنَّهُ خاطبه حين أتاه الكتاب، أو الخبر. فيه وجهان وقد يُسْتَبْعَدُ خِطَابُ الغائب بقوله: زوجتك ابنتي؛ لأن مكالمة الغائب بخطاب الحاضر ضربُ سَفَهٍ. ولو قال: زوجت ابنتي من فلان، وجب أن يكون على هذا الخلاف وقد حكينا في نظيره من «البيع» الصحة، ثم إذا قلنا بصحة النكاح، إما بمجرد الكتاب، أو

---

(١) قال في المهمات: لا يؤخذ منه تصحيح ونص في الأم على البطلان في قبلتها قال في الخادم: واصرح منه قوله في الأم في موضع آخر ولا نكاح أبداً إلا بأن يقول: قد زوجتكها أو نكحتكها فيقول الزوج قد قبلت نكاحها أو قبلت تزويجها وذكره أيضاً كذلك في المختصر وظاهره أن إضافة الضمير إليها شرط مع التصريح بالنكاح أو التزويج لكن نقل الشيخ أبو حامد النص الأم الصحة فقال قال في الأم: لو قال زوجتك فقال الزوج قبلت لم ينعقد النكاح حتى بقوله قبلت النكاح أو التزويج. انتهى. وعليه دار العراقيون ونقل الشيخ أبو حامد والمحاملي الاتفاق عليه والخلاف غريب.
ويقوي الصحة أن الألف واللام تقوم مقام الضمير كنية لا سيما مع تقدم ذكر الإيجاب. انتهى.
ولو اقتصر الزوج على قبلت نكاحها أو تزويجها ولم يقل على هذا الصداق لا يلزمه المسمى لأنه لم تقبله فلا يلزمه ووجب مهر المثل صرح به الماوردي والروياني هنا وحكى الماوردي وجهاً في الخلع أنه يلزمه المسمى قال في الخادم: وهذا هو القياس المتجه وأخذ تقرره وفيما قاله النظر، والمعروف الأول.

عند التَّلَفُّظِ، فالشَّرْطُ أن يقبل في مجلس بلوغ الخبر، وَأَنْ يَقَعْ الْقُبُولُ بمحضر شاهدي الإِيجاب[١] فإن حضر غيرهما لم يصح.

فَرْعٌ: قال القاضي الرُّويَانِيُّ: إذا استخلف القاضي فقيهاً في تزويج امرأة لم يَكْفِ الكتاب، بل لا بدّ من اللفظ.

وفي «المجرد» للحَنَّاطِيِّ: أنه على وجهين وهل للمكتوب إليه اعتماد الخطّ الظاهر المنع[٢]. وفيه وَجْهٌ متفرع من الخلاف في جواز الاعتماد على منشور تولية القاضي.

المسألة الثانية: إذا قال: زوجني ـ فقال الولي: زوجتك فَإِنْ قَالَ الزَّوْجُ بعده: قبلت ـ فلا كلام في صحة النكاح، وإن لم يقل فالنَّصُّ الصحة أيضاً لوجود الاستدعاء الجازم.

وقد رُوِيَ أَنَّ ٱلأَعْرَابِيَّ ٱلَّذِي خَطَبَ الواهبة قال النبي ـ ﷺ ـ: زَوِّجْنِيْهَا فقال: «زَوَّجْتُكَهَا» ولم ينقل أنه قال بعد ذلك: قبلت[٣]. وهذا ظاهر المذهب؛ وبه قال أبو حَنِيْفَةَ ـ رضي اللَّهُ عنه ـ وحكى الإِمَامُ أن من الأصحاب من أثبت فيه الْخِلاَفَ الذي سبق في «البيع». ذكره. والخلع، والصلح عن الدم والإعتاق على المال أولى بأن ينعقد بالاستيجاب والإيجاب فإذا قالت: طلقني أو خالعني على أَلْفٍ، فأجابها الزوج طلقت ولزمها الألف، ولا حاجة إلى قبول بعده.

وكذا لَوْ قَالَ الْعَبْدُ لِسَيِّدِهِ: أعتقني على كذا، فأجابه إليه، أو قال من عليه القِصَاصُ: صالحني على كذا، فقال المستحق: صالحتك عليه، وإنما كانت أَوْلَى بالانعقاد؛ لأن الْغَرَضَ ٱلأَصْلِيَّ من هذه العقود الطلاق، والعِتْقُ والْعَفْو، وهذه المقاصد يمكن تحصيلها بلا عِوَضٍ، وإن ذكر عوض فهو على سبيل الاقتداء والتبعية ولهذا صح

---

(١) قال النووي: لا يكفي القبول في المجلس بل يشترط الفور.

(٢) قال الشيخ البلقيني: هذا ليس بالمعتمد؛ لأن هذا فرع من فروع القاضي.
والقاضي يجوز أن يولي نائبه القضاء وللإمام أن يولي القاضي بالمشافهة باللفظ والمراسلة والمكاتبة عند الغيبة ويجيء في المكاتبة والمراسلة خلاف كما قاله في الوكالة.

(٣) أخرجه البخاري [٢٣١٠ ـ ٥٠٢٩ ـ ٥٠٣٠ ـ ٥٠٧٨ ـ ٥١٢٠ ـ ٥١٢٦ ـ ٥١٣٢ ـ ٥١٣٥ ـ ٥١٤١ ـ ٥١٤٩ ـ ٥١٥٠ ـ ٥٨٧١ ـ ٧٤١٧]، مسلم ١٤٢٥] من حديث سهل بن سعد، وعند غيرهما بألفاظ كثيرة، وهو كما قال، ليس في شيء من الطرق أنه قال: قبلت.
قال الحافظ: فائدة: جاء في بعض طرقه: ملكتكها، وملكناكها، وأمكناكها، وأنكحناكها، وزوجناكها: وأبحناكها، وغير ذلك، واحتج به من أباحه بغير لفظ النكاح والتزويج ورده البغوي بأنه اختلاف من الرواة في قصة واحدة، ولم يقع التعدد فيها، فدل على أن من روى بخلاف لفظ التزويج، لم يراع اللفظ الواقع في العقد، ولفظ التزويج رواية الأكثر والأحفظ فهي المعتمدة، والله أعلم.

بدل المال على الطلاق، والعتاق من الأجنبي - وأما النِّكَاحُ فَإِنَّهُ لا يخلو في وَضْعِهِ على العِوَضِ إلاَّ في غاية النُّزورِ، فكان أشبه بالبيع والمُعَاوَضَاتِ، ويحققه أن هذه العقود تصح بِصَيْغَةِ التَّعْلِيقِ بِخِلاَفِ الْمُعَاوَضَاتِ، وإذا عَرَفْتَ أن هذه العقود أولى بالانعقاد، فالقاطعون بأن النِّكَاحَ ينعقد بالاستيجاب والإِيجاب أولى بالقطع ها هنا والمثبتون للخلاف هناك امتنع أكثرهم من طرده هنا.

وعن الشَّيْخ أبي محمد رواية طريقة طاردة للخلاف في هذه العقود، واستحسنها الإمام وصاحب «الكتاب» من جهة القياس وتردد الشَّيْخُ أبو محمد في أَنَّ الكتابةَ تَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الْخُلْعِ [والعتاق][1] حتى نقطع بانعقادها بالاستيجاب والإِيجاب، أو منزلة النكاح حتى يجيء فيه الطريقان؛ لأن الْكِتَابَةَ مترددة بين الإِعتاق والمعاوضات، والاحتمال الأول هو المذكور في الكتاب، وجميع ما ذكرنا فيما إذا كانت صيغة الاستدعاء: زوجني وخالعني وأعتقني ونحوها. أما إذا قال الزوج قل [زوَّجتُكَها][2] منك قال الشَّيْخُ أبو محمد رحمه الله: ليس ذلك في معنى الاستيجاب؛ لأنه اسْتِدْعَاءُ لِلفْظِ دون التزويج، فإذا تلفظ أشبه أن يقتضي القبول، كما كان يقتضيه إذا لم يستدع شيئاً.

ولو قال الوَلِيُّ: لا تتزوج ابنتي، فقال الزَّوْجُ: تزوجت فهو كما لو قال الزوج: زوجني فقال الولي: زوجت، هذا هو الجواب المعروف، وقد حكينا في «الْبَيْعِ» عَنْ بَعْضِهِمْ الْمَنْعَ ويمكن أن نقول بمثله هنا. ولو قال: أتزوجني ابنتك، أو زوجتَ مني ابنتك فقال الولي: زوجت لم ينعقد إلاَّ أن يقول الخاطب بعده: تزوجت.

وكذا لو قال الولي: أتتزوج ابنتي؟ أو تزوجتها؟ فقال: تزوجت [لا ينعقد إلاَّ أن يقول الولي بعده: زوجتك؛ لأنه استفهام، ولو قال المتوسط للولي: زوجته ابنتك من فلان، فقال: زوجت][3] ثم أَقْبَلَ على الخاطب فقال: قبلت نكاحها فوجهان كما ذكرنا في «البيع».

أحدهما: لا يصح لعدم الْخِطَابِ بين المتعاقدين. وبه قال القَفَّالُ.

وأصحهما: الصحة - لوجود الإِيجَابِ والقَبُولِ، وارتباط أحدهما بالآخر، أما لفظ الكتاب فقوله: «الصيغة - وهي الإِنكاح والتزويج ليس من ضرب[4] قوله في [أول][5] «البيع» «الصيغة وهي الإِيجاب والقَبُولُ»، بل المُرَادُ ها هنا أنَّ الصِّيْغَةَ إيجاباً وقَبُولاً تُعْتَبَرُ مِنْ هَذَيْنِ اللَّفْظَيْنِ وقوله: «لا يقوم غيرهما مقامهما» معلم بالحاء والميم وقوله: «إلاّ ترجمتهما»

---

(١) في ز: والعتق.

(٢) في ز: زوجتها.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: في ظهر.

(٥) سقط في ز.

بالواو. وقوله: «في حقِّ الْقَادِرِ كذلك» إشارة إلى الوجه الفارق بين القادر والعاجز.

وقوله: «فيه وجهان» بالواو للطريقين القاطعين على ما قَدَّمْنَا، ثم الخلاف على المشهور قولان لا وجهان.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَلاَ يَقْبَلُ النِّكَاحُ التَّعْلِيقَ فَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ وَلَدِي أُنْثَى فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا لَمْ يَصِحَّ (و) وَإِنْ كَانَتْ أُنْثَى، وَلَوْ قَالَ: زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي عَلَى أَنْ تُزَوِّجَنِي ابْنَتَكَ وَيَضَعَ كُلُّ وَاحِدٍ صَدَاقَ الأُخْرَى لَمْ يَصِحَّ، لأَنِ الشِّغَارُ المَنْهِيُّ عَنْهُ، وَلأَنَّهُ إِشْرَاكٌ فِي البُضْعِ فَإِنْ تَرَكَ جَعَلَ البُضْعَ صَدَاقاً فَفِي الصِّحَّةِ وَجْهَانِ، وَلاَ يَجُوزُ تَأْقِيتُ النِّكَاحِ وَهُوَ المُتْعَةُ.**

قال الرَّافِعِيُّ: فيه مسائل ثلاث:

المسألة الأولى: النِّكَاحُ لا يقبل التعليق. مثل أَنْ يَقُولُ: إذا جاء رَأْسُ الشَّهْرِ فَقَدْ زَوَّجْتُكَ؛ لأن البيع والمعاوضات لا تقبل التعليقات، والنكاح مع اختصاصه بوجه الاحتياط أولى لو أُخْبِرَ بِمَوْلُودٍ فقال لجليسه: إن كانت بنتاً فقد زوجتكها. أو قال: إن كانت بنتي قد طلقها زوجها، أو مات عنها، وانقضت عدتها، فقد زوجتكها، أو كانت تحته أربع نسوة، فقال له غيره إن مَاتَت وَاحِدَةٌ مِنْهُنَّ فقد زوجتك ابنتي.

أو قال: إن مات أبي ورثت منه هذه الْجَارِيَةَ، فقد زوجتكها وَبَانَ لأمر كما قدر[1] فقد تثبت هذه الصورة ونظائرها على أنه إذا زوج أمة أبيه، أو باعها على ظنِّ أنه حيٌّ، فَبَانَ أنه كان ميتاً يوم العقد. هل يصح العقد؟.

فيه قولان ذكرناهما في أَوَّلِ «الْبَيْعِ».

فإن قلنا: لا يصح الْعَقْدُ هناك مع أَنَّهُ أَطْلَق، فها هنا مع التعليق أولى، وإن قلنا: يصح عند الإِطلاق ففي هذه الصورة وجهان:

---

(١) في ب: على ما ورد.
قال في الخادم: قيل كيف يتصور الإِذن من الزوجة المدخول بها قلنا يتصور فيما إذا كانت مجنونة أو عاقلة أذنت له أنها إذا طلقت واعتدت أن يزوجها كما أشار إلى صحة هذا الإِذن البغوي في فتاويه كما لو قال لوكيل أذنت لك في تزويجها إذا انقضت عدتها وكلام الروضة يقتضي تصحيحه فقال قبيل الصداق وفي فتاوى البغوي أنها لو قالت لوليها وهي في نكاح أو عدة أذنت لك في تزويجي إذا طلقت وانقضت عدتي فينبغي أن يصح الإِذن كما يصح التوكيل كذا قاله وفيه وجه ضعيف أنه لا يصح سبق في الوكالة، انتهى وهو عجيب فقد صحح هذا الوجه في الوكالة وذكر في أثناء الطرف الثالث ما يوافق الأول فقال: ولو وكله في حال إحرام الوكيل أو الموكل أو المرأة نظر إن وكله ليعقد في الإِحرام لم يصح وإن قال الزوج بعد التحلل أو أطلق صح. انتهى ما أردته من الخادم.

أحدهما: أنَّ النِّكَاحَ صَحِيْحٌ؛ لأن التصحيح، وإن جزم به على تقدير هذا التعليق، فإذا صَرَّحَ به فقد صَرَّحَ بمقتضى العقد، وَيُحْكَى هَذَا عَنْ أَبِيْ حَنِيْفَةَ رحمه الله.

وأصحهما: وهو الذي أورده الأكثرون: أنه لا يَصِحُّ لِفَسَادِ الصِّيْغَةِ، وذكر في «التهذيب»[1] أنه لو بُشِّرَ ببنت فقال: إنْ صَدَقَ الْخَبَرُ، فقد زوجتكها صح، ولا يكون ذلك تعليقاً، بل هو تَحْقِيقٌ، كما لو قال: إن كنتِ زَوْجَتِي، فَأَنْتِ طَالِقٌ يكون تَنْجِيْزاً للطلاق ويكون «إن» بمعنى «إذ»؛ لقوله تعالى: ﴿وَخَافُونِ إِنْ كُنتُم مُّؤْمِنِينَ﴾ [آل عمران: ١٧٥].

وكذا لَوْ أُخْبِرَ: من له أَرْبَعُ نُسْوَةٍ بموت إحداهن، فقال لرجل: إن صَدَقَ الْخَبَرُ فقد نكحت ابنتك، وقال ذلك الرَّجُلُ: زوجتكها، صَحَّ ويجب أَنْ يكون هذا الْجَوَابُ مفروضاً فيما إذا تيقَّنْ صدق المخبر، وإلاَّ فكلمة «إن» للتردد فيما إذا دَخَلَتْ عليه تعليق واشتراط[2].

«القول في حكم نكاح الشغار»

المسألة الثانية: إذا قال: زوَّجتُك ابنتي، أو أختي، أو أمتي على أن تزوجني ابنتك، أو أختك على أن يكون بضع كل واحدة منهما صداقاً لِلأُخْرَى وقبل الآخر، أو قال: زوجتك ابنتي، وتَزَوَّجْتُ ابْنَتَكَ، أو أختك على أن يكون بضع كل واحدة منهما صداقاً للأخرى. فقال المخاطب: تزوجت وزوجت على ما ذكرت، فهذا نكاح الشِّغَارِ[3] وَسُمِّيَ بِهِ إِمَّا من قَوْلُهُمْ شَغَرَ الْبَلَدُ عَنِ السُّلْطَانِ إذا خلا لخلوه عن المهر.

---

(١) في ب: المهذب.

(٢) قال في الخادم يجيء إن بمعنى إذ من مقولات الكوفيين وطردوه بالفعل فيه محقق الوقوع وهو يقوي بتنزيل الرافعي كلام البغوي على ما إذا اعتقد صدقه لكن منع منه البصريون وتأولوا منا ورد ذلك على تعزيز تسليمه فينبغي التفضيل بين النحوي وغيره كما في نظائره فإن هذا لا يعرفه إلا الخواص من الناس ثم إنه استشكل قول المصنف وهذا الذي قاله البغوي يجب أن يكون مفروضاً فيما إذا تيقن صدق المخبر وإلا فلفظ إن للتعليق فإن الشهود لا يعلمون أنه قصد التحقيق إلا بخبره فينبغي شهادة بإقراره بالعقد لا على إنشائه فينبغي ألا يصح وفيما قاله نذر ويشهد لصحة ما قاله الرافعي والنووي ما سيأتي أنه لو قال زوجتك فاطمة ولم يقل ابنتي لكن نواها أنه يصح ونقله عن العراقيين والبغوي وسيأتي الكلام على هذا إن شاء الله.

(٣) الشِّغَارُ في اللغة الرفع من قولهم شغر البلد عن السلطان إذا خلا عنه لخلوه عن الصداق، أو لخلوه عن بعض الشرائط، وقيل: مأخوذ من قولهم شغر الكلب برجله إذا رفعها ليبول، كأن كَلاً من الوليين يقول للآخر لا ترفع رجل ابنتي، حتى أرفع رجل ابنتك، وفي التشبيه بهذا الهيئة القبيحة تقبيح للشغار، وتغليظ على فاعله وأما معناه شرعاً. فهو أن يزوج الرجل موليته على أن=

. . . .

= يزوجه الآخر موليته ليس بينهما صداق، وقد قال عياض عن بعض العلماء كان الشغار من نكاح الجاهلية يقول: شاغر في وليتي بوليتك أي: عاوضني جماعاً بجماع.

وقنت بعض العلماء الشغار إلى ثلاثة أقسام:

الأول: صريح الشغار وهو أن يقول الرجل لصاحبه: زوجني ابنتك مثلاً على أن أزوجك ابنتي مثلاً من غير صداق.

الثاني: وجه الشغار وهو أن يقول له زوجني ابنتك بمائة على أن أزوجك ابنتي بمائة.

الثالث: المركب منهما، وهو أن يقول له زوجني ابنتك بلا شيء على أن أزوجك ابنتي بمائة، فالصريح هو الخالي من الصداق من الجانبين، والوجه هو المسمى فيه الصداق من الجانبين، والمركب هو المسمى فيه لواحدة دون الثانية.

ويحرم الإقدام عليه بجميع أنواعه لقوله ـ ﷺ ـ: «الإِشِغَارَ فِي الإِسْلاَمِ» ولما كان المالكية قد قسموا الشغار إلى الأقسام الثلاثة المتقدم نبين الحكم عندهم في هذه الأقسام، أما صريح الشغار فقالوا: يفسخ مطلقاً قبل الدخول، وبعده ولو ولدت الأولاد، ولا شيء للمرأة قبل الدخول ولها بعده صداق والمثل، وأما وجه الشغار فقالوا: يفسخ قبل الدخول، ولا شيء فيه للمرأة، ويثبت بعده بالأكثر من المسمى وصداق المثل وأما المركب منهما، فيفسخ قبل الدخول في كل، ولا شيء فيه للمرأة، ويثبت نكاح المسمى لها بعد الدخول بالأكثر من المسمى، وصداق المثل، ويفسخ نكاح من لم يسم لها، ولها صداق المثل.

وقد اختلف الفقهاء في نكاح الشِّغَارِ هل هو صحيح أو فاسد ونستطيع أن نحصر الخلاف بينهم في مسألتين: **الأولى:** إذا لم يسميا صداقاً لواحدة منهما، بل يجعلان بضع كل صداقاً للأخرى، وهو المسمى بصريح الشغار، وقد اختلف الفقهاء في صحة هذا النكاح وفساده.

فذهب المالكية، والحنابلة، والظاهرية والشافعية إلى القول بفساد النكاح في هذه الحالة. إلا أن الشافعية كما يفهم مما جاء في كتبهم يقولون إن محل فساد النكاح في هذه الحالة إذا جعل بضع كل واحد منهما صداقاً للأخرى، وأما إذا لم يجعل بضع كل منهما صداقاً للأخرى، فالأصح عندهم الصحة للنكاحين.

وذهب الحنفية إلى القول بصحة النكاح، وأنه يجب لكل واحدة منهما مهر مثلها، وحكي هذا عن عطاء وعمرو بن دينار، ومكحول، والزهري، والثوري.

استدل الحنفية ومن معهم بما يأتي ـ قالوا لما جعلا بضع كل منهما صداقاً للأخرى فقد سميا ما لا يصلح صداقاً. والنكاح لا تبطله الشروط الفاسدة وإذا كان الأمر كذلك صح النكاح ووجب مهر المثل كما لو سميا خمراً أو خنزيراً. فيكون حاصل هذا الدليل أن فساده من جهة المهر وفساد المهر لا يوجب فساد العقد.

ويرد هذا الدليل بأن الفساد هنا ليس من جهة المهر بل فساده من جهة أنه أوقفه على شرط فاسد يوجب فساد العقد، إذ فيه التشريك في البضع لأن كل واحد منهما جعل بضع مولية مورداً للنكاح وصداقاً للأخرى فأشبه تزويجها من رجلين وهو باطل فكذلك ما هنا على أن هذا معقول في مقابلة النص وهو باطل.

واستدل المالكية ومن معهم بالسنة والمعقول.

أما السنّة: فأولاً ما روي عن أبي الزنا وعن الأعرج عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «نهى=

. . . .

= رسول الله ﷺ عن الشغار» ووجه الدلالة من هذا الحديث أن الرسول ﷺ نهى عن الشغار والنهي يدل على فساد المنهي عنه فوجب أن يكون الشغار فاسداً. وهذا الذي روي عن أبي هريرة روي مثله أيضاً صحيحاً مسنداً عن ابن عمر فقد روي عنه أنه قال إن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار. متفق عليه. وروي أيضاً من طريق جابر وأنس.

ثانياً: ما روي أن النبي ﷺ قال «الاشغار في الإِسلام» ووجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي ﷺ قال: «لا شغار في الإِسلام» وهذا يحتمل أمرين نفي وجود الشغار في الإِسلام. ونفي صحة ولا شك أن وجوده في الإِسلام واقع فتعين حمل الكلام على نفي الصحة.

وأما المعقول فقد قالوا فيه أن كل واحد منهما جعل بضع موليته مورداً للنكاح وصداقاً للأخرى وذلك يوجب فساد العقد كما لو زوج موليته من رجلين.

وقد قيل للمالكية ومن معهم في الأحاديث ما يأتي ـ أولاً أن النهي عن نكاح الشغار ونكاح الشغار هو النكاح الخالي عن العوض وما هنا نكاح بعوض وهو مهر المثل فلا يكون شغاراً ـ وترد هذه المناقشة بأن القول بأن هذا نكاح بعوض وهو مهر المثل غير مستقيم. فإن مهر المثل إنما أوجبتموه أنتم لتصحيح مذهبكم. وذلك أن الواقع في العقد إنما هو جعل بضع كل منهما في مقابلة بضع الأخرى.

وثانيا: أن النهي يحمل على الكراهة ـ ويرد هذا بأن الأصل في النهي أن يكون للتحريم ولا يحمل على الكراهة إلا لدليل ولا دليل هنا. لا سيما أن الشغار كان من أنكحة الجاهلية فرفعه الإِسلام ولذلك قال الرسول ﷺ «لا شغار في الإِسلام» وأما تفرقة الشافعية بين ما إذا جعل بضع كل منهما صداقاً للأخرى وبين ما إذا لم يجعل بضع كل منهما صداقاً للأخرى حيث حكموا بالفساد في الصورة الأولى دون الثانية فتفرقة غير ظاهرة فإن نفي الصداق معناه جعل بضع كل منهما صداقاً للأخرى ولو لم يصرحا بذلك.

الثانية: إذا سميا لكل واحدة منهما صداقاً وهو المسمى بوجه الشغار، أو سميا لواحدة منهما دون الأخرى، وهو المركب منهما.

اختلف الفقهاء في صحة النكاح وفساده في هذه الحالة أيضاً.

فذهب المالكية، والظاهرية إلى القول بالفساد في هذه الحالة أيضاً، وهو الصحيح من مذهب الشافعية، قال ابن شهاب الدين الرملي: ولو سميا أو أحدهما ما لا مع جعل البضع صداقاً كأنه قال، وبضع كل وألف صداق الأخرى بطل في الأصح لبقاء معنى التشريك، والثاني يصح؛ لأنه ليس على صورة تفسير الشغار؛ لأنه لم يخل عن المهر.

وذهب الحنابلة إلى التفصيل، فقالوا إذا سميا صداقاً لكل واحدة صح النكاح، ولهم في المهر راويتان فقبل تفسد التسمية، ويجب مهر المثل؛ لأن كل واحد منهما لم يرض بالمسمى إلا بشرط أن يزوج وليته صاحبه، فينقص المهر لهذا الشرط، وهو باطل فإذا احتجنا إلى ضمان النقص صار المسمى مجهولاً فبطل، وعند بطلان المسمى يرجع إلى مهر المثل، والرواية الثانية أنه يجب المسمى؛ لأنه ذكر قدراً معلوماً يصح أن يكون مهراً فصح.

وأما إن سميا صداقاً لواحدة دون الأخرى، فقيل بفسد النكاح فيهما، وقيل يفسد في التي لم يسمى لها صداق، ويصح في التي سمي لها مهر. =

. . . .

استدل الحنابلة، ومن وافقهم على القول بصحة النكاح إذا سميا لكل واحدة منهما مهراً، بما رُوِيَ عن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ أن رسول الله ﷺ ـ «نَهَى عَنِ الشِّغَارِ» والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته ليس بينهما صداق.

ووجه الدلالة من هذا أنهم قالوا إن الشغار المنهي عنه هو أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته ليس بينهما صداق. وأما إذا وجد فيه صداق كما هنا فليس هو من الشغار المنهي عنه وإذا لم يكن كذلك فيكون صحيحاً.

ويرد هذا الدليل بأن تفسير الشغار الواقع في الحديث ليس هو من كلام الرسول ﷺ وإنما هو من قول مالك وصل بالمتن المرفوع، وقيل هو من قول نافع. فقد روى الإسماعيلي من حديث محرز بن عون ومعن بن عيسى عن مالك عن نافع عن ابن عمير أن رسول الله ﷺ «نهى عن الشغار» ـ قال محرز قال مالك والشغار هو أن يزوج الرجل ابنته إلى آخره: ـ وقال في صحيح مسلم من غير طريق مالك أن تفسير الشغار من قول نافع. وإذا ثبت أن تفسير الشغار ليس من قول النبي ﷺ فلا يكون فيه حجة وأما المالكية ومن وافقهم فقد استدلوا. بما روي عن الأعرج أن العباس بن عبد الله بن العباس بن عبد المطلب أنكح ابنته عبد الرحمن بن الحكم بن أبي العاص بن أمية وأنكح عبد الرحمن ابنته وكانا جعلا صداقاً فكتب معاوية إلى مروان بأمره أن يفرق بينهما وقال معاوية في كتابه هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ.

ووجه الدلالة من هذا أن معاوية أمر بفسخ هذا النكاح مع أنه سمي فيه الصداق لكل واحدة منهما. وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم يعرف له منهم مخالف. فدل ذلك على فساده وألا لما أمر معاوية بفسخه ولما أقر عليه.

فإن قال قائل أن هذا اجتهاد من معاوية وعدم إنكار من حضر من الصحابة لا يدل على الرضى والموافقة ـ فإن السكوت في المسائل الاجتهادية لا يكون دليلاً على الرضى يجاب عن هذا بأن معاوية قال في كتابه أن هذا هو الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ. فقد نسبه إلى الرسول لا إلى اجتهاده وعلى ذلك يحمل سكوت من حضر من الصحابة على موافقتهم له بأن هذا من الشغار الذي نهى عنه الرسول ﷺ.

وأما وجه قول الحنابلة فيما إذا سميا لأحداهما مهراً دون الأخرى على رواية أن النكاح يفسد فيهما. فقد قالوا إن فسد في أحداهما فوجب أن يفسد في الأخرى لأن نكاح كل واحدة منهما متوقف على نكاح الأخرى.

وأما على رواية فساد نكاح التي لم يسم لها مهر دون الأخرى فذلك لأن نكاح التي لم يسم لها خلا من المهر بخلاف نكاح الأخرى فيفسد. وأما الثانية فيصح نكاحها لأن فيه تسمية وشرطا فأشبه ما لو سمى لكل واحدة منهما ويرد هذا بأن الأولى فساد نكاحهما معاً لتوقف نكاح كل على نكاح الأخرى كما هو القول الأول.

والنظر في الأدلة ومناقشاتها يقضي بترجيح مذهب من قال بفساد نكاح الشغار مطلق سواء أذكر في كل ذلك صداق لكل واحدة منهما أو لأحداهما دون الأخرى أو لم يذكر في شيء من ذلك صداق. وذلك لأن الجميع يصدق عليه شغار وقد نهى النبي ﷺ عن الشغار خصوصاً إن الشغار كان من أنكحة الجاهلية فجاء الإسلام بهدمه.

ويقال: لخلوه عن بعض الشرائط. وإما من قولهم شَغَرَ الْكَلْبُ: إذا رفع رجله لِيَبُولَ؛ لأن كُلَّ وَاحِدٍ منهما كأنه يقول: لا ترفع رِجْلَ ابْنَتِي مَا لَمْ أَرْفَعْ رِجْلَ ابْنَتِكَ.

وَيُقَالُ: إِنَّهُ نِكَاحٌ رُفِعَ عَنْهُ الْمَهْرُ. وفي بعض «الشُّرُوحِ» أَنَّ الْكَلْبَ إذا كان يَبُولُ من حيث يصل من غير مُبالاة قيل: شَغَرَ الْكَلْبُ بِرِجْلِهِ، فَسُمِّيَ شغاراً لعدم المبالاة فيه بالمهر، وهو فاسد؛ لما رُوِيَ عن ابن عُمَرَ ـ رضي اللَّهُ عنه ـ أَنَّ النبي ـ ﷺ ـ نَهَى عن نِكَاحَ الشِّغَارِ والشِّغَارُ وَهُوَ أن يُزَوِّجَ الرَّجُلُ ابْنَتَهُ عَلَى أَنْ يُزَوِّجَهُ ٱلآخَرُ ابْنَتَهُ [ليس لهما صداق][1] ويروى: وبضع كل واحد منهما مهر الأخرى[2].

قَالَ ٱلأَئِمَّةُ: وهذا التفسير يجوز أن يكون مرفوعاً، ويجوز أن يكون من عند ابنِ عُمَرَ ـ رضي اللَّهُ عنهما ـ وذكروا في طريق المعنى شيئين.

أحدهما: إِنَّ فيه تشريكاً في البضع؛ لأن كُلَّ واحد منهما جعل بضع مولاته مورداً للنكاح، وصداقاً لِلأُخْرَى، فأشبه ما لو زوج امرأة من رجلين لا تَصِحُّ النِّكَاحُ، وربما شبه ذلك بما إذا نكحت الحرة عبداً على أن تكون رقبته صداقاً لا يصح النِّكَاحُ، فكما لا يجوز أَنْ يكون الرجل ناكحاً وصداقاً لا يجوز أن تكون الْمَرْأَةُ مَنْكُوحَةً وصداقاً، وقد يعترض فيقال: المفسد هو الشَّرِيكُ من جهة واحدة، وذلك إذَا زوجها من رجلين ها هنا الشريك بجهتين مختلفتين، فَأَمْكَنَ أَنْ يَلْحَقَ بِمَا إِذَا زَوَّجَ أَمَتَهُ، ثُمَّ بَاعَهَا، أو أصدقها امرأة.

---

(١) البخاري [٥١١٢ ـ ٦٩٦٠، مسلم ١٤١٥] رواه مسلم من حديث أبي هريرة [١٤١٦] من حديث نافع.

(٢) قال الحافظ: وبضع كل واحدة منها مهر الأخرى: لم أجد هذا في الحديث، وإنما هو تفسير ابن جريج كما بين ذلك البيهقي. قوله: وورد في بعض الروايات أنه نهى عن الشغار، وهو أن يزوج الرجل ابنته، على أن يزوجه صاحبه ابنته، ولم يذكر فيه: أن بضع كل واحدة منهما صداقاً للأخرى، مسلم من حديث أبي هريرة بنحو ما قال، وفي الباب عن جابر رواه مسلم، وعن أنس رواه أحمد والترمذي وصححه والنسائي، وعن معاوية رواه أبو داود، قوله: قال الأئمة: وتفسير الشغار يجوز أن يكون مرفوعاً ويجوز أن يكون من قول ابن عمر، وهو مأخوذ من كلام الشافعي، وفي كلامه زيادة، قال الشافعي: لا أدري تفسير الشغار من النبي ﷺ أو من ابن عمر، أو من نافع أو من مالك، انتهى. قال الخطيب في المدرج: هو من قول مالك بينه وفصله القعنبي وابن مهدي ومحرز بن عون عنه، قلت: ومالك إنما تلقاه من نافع بدليل ما في الصحيحين من طريق عبيد الله بن عمر، قلت لنافع: ما الشغار؟ فذكره، وقال القرطبي في المفهم: التفسير في حديث ابن عمر جاء من قول نافع ومن قول مالك، وأما في حديث أبي هريرة فهو على الاحتمال، والظاهر أنه من كلام النبي ﷺ، فإن كان من تفسير أبي هريرة فهو مقبول، لأنه أسلم بما سمع وهو من أهل اللسان، قلت: وفي الطبراني من حديث أبي بن كعب مرفوعاً: لا شغار، قالوا: يا رسول الله وما الشغار؟ قال: نكاح المرأة بالمرأة لا صداق بينهما، وإسناده وإن كان ضعيفاً لكنه يستأنس به في هذا المقام.

وَأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الأُخْرَى فسبب الْبُطْلاَنِ فيها ملك الزوجة الزوج، وهذا المعنى لو عرض فَسَدَ النِّكَاحُ، فإذا قارن ابتداءً منع الانعقاد.

والثاني عن القَفَّالِ: أَنَّ سبب الفَسَادِ التعليق والتوقيف كَأَنَّهُ يقول: لاَ يَنْعَقِدُ لَكَ نِكَاحُ ابنتي، حَتَّى ينعقد لي نِكَاحُ ابْنَتِكَ، أَو زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي، أَوْ زَوِّجْنِي ابْنَتَكَ، وَكَانَتْ [لِلعَرَبِ][1] أَنفَهُ وَحِمْيَّةٌ، وَجَاهِلِيَّةٌ، ولا يرضون بِأَنْ يُزَوِّجُوا حَتَّى يُزَوَّجُوا.

وَلَوْ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ: زوَّجتُك ابنتي على أَنْ تزوجني ابْنَتَكَ وَقَبَلَ الآخَرُ، ولم يجعلا البضع صداقاً ففيه وجهان:

أصحهما: الصِحة؛ لأَنَّ تَفْسِيرَ الشِّغَارِ الَّذِي ورد في الخبر لم يُوْجَدْ، ولم يتحقق التَّشْرِيْكُ، وَلَيْسَ فيه إلاَّ شرط عقد في عقد، وأَنَّهُ لا يفسد النكاح، فعلى هذ يصح [النكاحان][2] ولكل واحدة مَهْرُ المِثْلِ.

والثاني: لا يصحُّ لمعنى التعليق والتوقيف، وخصص الإمام الوجهين بما إذا كانت الصيغة هذه ولم يذكرا مَهراً وقطع بالصحة فيما إذا قال: زوجتك ابنتي بِأَلْفٍ عَلَى أَنْ تُزَوِّجَنِي ابْنَتَكَ.

قال: وليس الْفَرْقُ لذكر الْمَهْرِ، بل؛ لأنه رُوِيَ في بعض الروايات أنه - ﷺ - نَهَى عن نُكَاحِ الشِّغَارِ وهو أن يُزَوِّجَ الرَّجُلُ ابْنَتَه، عَلَى أَنْ يُزَوِّجَهُ صَاحِبُهُ ابْنَتَهُ فَفَسَّرَ بهذا القدر من غير مزيد، ولك أن تقول هذا التفسير حاصل سواء ذُكِرَ المهر، أو لم يذكره إذ ليس فيه تعرض لترك المهر، كما ليس فيه تعرض لذكره، فلا يصلح مستنداً للفرق، وإذا قلنا بالوجه الأول؛ فلو قال: زوَّجتُك ابنتي على أن تزوجني ابنتك وبضع ابنتك صداق لابنتي فقبل: صح الأول وبطل الثاني ولو قال: وبضع ابنتي صداق لابنتك بطل الأول، وَصَحَّ الثَّاني وهذا نظر في معنى التَّشْرِيكِ، ولو سيما لهما، أو لأحدهما مهراً مع جعل البضع صداقاً، بأن قال أحدهما: زوَّجتُك ابنتي بِأَلْفٍ على أن تُزَوِّجَنِي ابْنَتَكَ بِأَلْفٍ، وبِضْعُ كُلِّ واحدةٍ منهما صداق للأخرى، أو قال: على أن تزوجني ابنتك. وَبِضْعُ كُلِّ وَاحِدَةٍ صَدَاقُ الأُخْرَى وألف، أو قال: زوَّجتُك ابنتي على أن تزوجني ابنَتَكَ، ويكون بِضْعُ كُلِّ وَاحِدَةٍ وألف درهم صداقاً للأخرى فوجهان:

أحدهما: وهو ظاهر لفظ «المختصر» ـ: أنه صحيحٌ؛ لأنه ليس على صورة تفسير لفظ الشِّغَارِ؛ ولأنه لم يخل عن الْمَهْرِ.

وأصحهما: البطلان ـ لقيام معنى التَّشْرِيكِ والتوقيف، ويحكى هذا عن نَصِّه في

---

(١) سقط في ز.
(٢) في ز: النكاح.

«الإملاء» ونص «المختصر» مَحْمُولٌ على ما إذا ذكر المهر، ولم يجعلا البضع صداقاً.

وقوله في الكتاب: «لم يصح» معلم بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ نكاح الشغار صحيح وللمرأة مهر المثل وساعدنا مالك وأحمد على فساده.

واعلم أن اقتضاء التوقيف والتعليق البطلان ظاهر؛ لكن ليس في صورة نكاح الشِّغَارِ المشهور لفظة تعليق، وإنّما هي لفظة الاشتراط، ولذلك قال صاحبُ «الكتاب» في «الوسيط» عند تصوير الشِّغَارِ: «وصورته الكاملة: أن يقول: زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي عَلَى أَنْ تُزَوِّجَنِي ابْنَتَكَ عَلَى أَنْ يَكُونَ بِضْعُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهِمَا صداقاً للأخرى، ومنهما انعقد لك نكاح ابنتي انعقد لي نكاح ابنتك»، وهذا فيه تَعْلِيقٌ، وشرط عقد في عقد وَتَشْرِيكٌ في الْبِضعِ، ويشبه أن يُقَالَ: كانت الْعَرَبُ يفهمون منه التعليق، أو يستعملون لفظه.

فُرُوعٌ: لو قال: زوّجتك ابنتي بمتعة جاريتك صح النكاح صَحَّ النِّكَاحُ وَفَسَدَ الصَّدَاقُ. ولو قال: زوجتك جاريتي على أن تزوجني ابنتك وتكون رقبة جاريتي صداقاً لابنتك.

قال في «الشَّامِلِ»: يصح النِّكَاحَانِ؛ لأنه لا تشريك فيما يرد عليه عقد النكاح، ويفسد الصداق، ولكل واحدة مهر مثلها ويجيء على معنى التعليق والتوقيف أن يحكم ببطلان النكاحين. ولو طَلَّقَ امْرَأَتَهُ على أن يزوجه صاحبه ابْنَتَه ويكون بضع امْرَأَتِهِ صَدَاقاً لها، فَيُزَوِّجَهُ صاحبه على ذلك.

حكى الْقَاضِيُ ابنُ كَجٍّ فيه وجهين عن أبي الحسين:

أحدهما: يفسد النِّكَاحُ لِخُلُوِّهِ عَنِ الصَّدَاقِ.

والثاني: إنه يَقْتَصِرُ الْفَسَادُ عَلَى الصَّدَاقِ.

ولو طَلَّقَ امْرَأَتَهُ على أن يعتق صاحبه عبده ويكون طلاق امرأة هذا عِوَضاً عن عتق عبد هذا.

ذكر أبو عبد اللَّهِ الحِنَّاطِيُّ أنه يقع الطلاق، ولا رجوع بالمهر على أحد، وفي عتق العبد وجهان فإن عتق فلا رُجُوعَ بقيمته.

وقال القَاضِيُ ابنُ كَجٍّ: عندي يقع الطلاق ويحصل العتق ويرجع المطلق على المعتق بمهر امرأته والمعتق على المطلق بقيمة عبده.

«القول في تأقيت النكاح»

المسألة الثالثة: النِّكَاحُ الْمُؤَقَّتُ بَاطِلٌ سواء كانت المدة معلومة بأن نكحها إلى

شهر أو سنة أو مجهولة بأن نكحها إلى قدوم زيد[١]، لما رُوِيَ عن علي - رضي الله عنه - أَنَّ النَّبِيَّ - صلى اللَّهُ عليه وسَلَّمَ - نهى عام خَيْبَرِ عن نِّكَاحِ الْمُتْعَةِ[٢] - ونكاح

(١) قال في الخادم: يرد عليه ما لو قال زوجتك مدة حياتك أو مدة عمرك فإنه يصح، وليس هذا نكاح متعة بل هو تصريح بمقتضى العقد، وهو نظير ما لو قال وهبتك أو أعمرتك هذا الدار.

(٢) أخرجه البخاري [٥١١٥، ومسلم ١٤٠٧] قال الحافظ: قوله: كان ذلك جائزاً في ابتداء الإسلام، ثم نسخ، روى الشيخان من حديث سلمة إباحة ذلك ثم نسخه، وروى مسلم من حديث الربيع ابن سبرة عن أبيه نحو ذلك، وقال البخاري: بين علي عن النبي ﷺ أنه منسوخ، وفي ابن ماجة عن عمر بإسناد صحيح أنه خطب فقال: إن رسول الله ﷺ أذن لنا في المتعة ثلاثاً، ثم حرمها، والله لا أعلم أحداً تمتع وهو محصن إلا رجمته بالحجارة، وروى الطبراني في الأوسط من طريق إسحاق بن راشد عن الزهري عن سالم: أتى ابن عمر، فقيل له: إن ابن عباس يأمر بنكاح المتعة، فقال: معاذ الله ما أظن ابن عباس يفعل هذا، فقيل: بلى، قال: وهل كان ابن عباس على عهد رسول الله إلا غلاماً صغيراً، ثم قال ابن عمر: نهانا عنها رسول الله وما كنا مسافحين، إسناده قوي، وروى الدارقطني عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: هدم المتعة الطلاق والعدة والميراث، إسناده حسن.

فائدة: حكى العبادي في طبقاته عن الشافعي قال: ليس في الإسلام شيء أحل ثم حرم، ثم أحل ثم حرم إلا المتعة، وقال بعضهم: نسخت ثلاث مرات، وقيل: أكثر، ويدل على ذلك اختلاف الراويات في وقت تحريمها، وإذا صحت كلها فطريق الجمع بينهما الحمل على التعدد، والأجود في الجمع ما ذهب إليه جماعة من المحققين أنها لم تحل قط في حال الحضر والرفاهية، بل في حال السفر والحاجة، والأحاديث ظاهرة في ذلك، ويبين ذلك حديث ابن مسعود: كنا نغزو وليس لنا نساء، فرخص لنا أن ننكح، فعلى هذا كل ما ورد من التحريم في المواطن المتعددة، يحمل على أن المراد بتحريمها في ذلك الوقت، أن الحاجة انقضت، ووقع العزم على الرجوع إلى الوطن، فلا يكون في ذلك تحريم أبداً إلا الذي وقع آخراً، وقد اجتمع من الأحاديث في وقت تحريمها أقوال ستة أو سبعة نذكرها على الترتيب الزماني، **الأول**: عمرة القضاء: قال عبد الرزاق في مصنفه عن معمر عن عمرو عن الحسن قال: ما حلت المتعة قط إلا ثلاثاً في عمرة القضاء، ما حلت قبلها ولا بعدها، وشاهده ما رواه ابن حبان في صحيحه من حديث سبرة بن معبد قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ فيما قضينا عمرتنا، قال لنا: ألا تستمتعوا من هذه النساء - فذكر الحديث -. **الثاني**: خبر متفق عليه عن علي بلفظ: نهى عن نكاح المتعة يوم خيبر، واستشكله السهيلي وغيره ولا إشكال، وقد وقع في مسند ابن وهب من حديث ابن عمر مثله، وإسناده قوي أخرجه البيهقي وغيره، **الثالث**: عام الفتح رواه مسلم من حديث سبرة بن معبد: أن رسول الله ﷺ نهى في يوم الفتح عن متعة النساء، وفي لفظ له: أمرنا بالمتعة عام الفتح حين دخلنا مكة، ثم لم يخرج حتى نهانا عنها، وفي لفظ له: إن رسول الله قال: يا أيها الناس إني كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء، وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة، **الرابع**: يوم حنين رواه النسائي من حديث علي، والظاهر أنه تصحيف من خيبر، وذكر الدارقطني: أن عبد الوهاب الثقفي تفرد عن يحيى بن سعيد عن مالك بقوله حنين، في رواية لسلمة بن الأكوع أن ذلك كان في عام أوطاس، قال السهيلي: هي موافقة لرواية من روي عام الفتح، وأنهما كانا في=

المتعة[١] هو المؤقت ـ سمي به؛ لأن العِوَضَ منه مُجَرَّدُ التَّمَتُّعِ دون التوالد، وسائر

= عام واحد، **الخامس**: غزوة تبوك رواه الحازمي من طريق عباد بن كثير عن ابن عقيل عن جابر قال: خرجنا مع رسول الله إلى غزوة تبوك حتى إذا كنا عند الثنية مما يلي الشام، جاءتنا نسوة تمتعنا بهن يطفن برجالنا فسألنا رسول الله ﷺ عنهن وأخبرناه فغضب وقام فينا خطيباً فحمد الله وأثنى عليه، ونهى عن المتعة، فتوادعنا يومئذٍ ولم نعد، ولا نعود فيها أبداً. فبها سميت يومئذٍ ثنية الوداع، وهذا إسناد ضعيف، لكن عند ابن حبان في صحيحه من حديث أبي هريرة ما يشهد له، وأخرجه البيهقي من الطريق المذكورة بلفظ: خرجنا مع رسول الله ﷺ في غزوة تبوك فنزلنا ثنية الوداع. فذكره، ويمكن أن يحمل على أن من فعل ذلك لم يبلغه النهي الذي وقع يوم الفتح، ولأجل ذلك غضب ﷺ، **السادس**: حجة الوداع رواه أبو داود من طريق الربيع بن سبرة قال: أشهد على أبي أنه حدث أن رسول الله نهى عنها في حجة الوداع، ويجاب، عنه بجوابين، أحدهما، أن المراد بذكر ذلك في حجة الوداع إشاعة النهي والتحريم لكثرة من حضرها من الخلائق، والثاني احتمال أن يكون انتقل ذهن أحد رواته من فتح مكة إلى حجة الوداع، لأن أكثر الرواة عن سبرة أن ذلك كان في الفتح، والله أعلم.

(١) أصل المتعة في اللغة: الانتفاع، يقال: تمتعت بكذا، واستمتعت بمعنى والاسم المتعة. قال الجوهري: ومن متعة النكاح ومتعة الطلاق، ومتعة الحج لأنه انتفاع، والمراد بالمتعة هنا أن يتزوج الرجل المرأة مدة من الزمن سواء أكانت المدة معلومة، مثل أن يقول زوجتك ابنتي مثلاً شهراً. أو مجهولة مثل أن يقول زوجتك ابنتي إلى قدوم زيد الغائب، فإذا انقضت المدة، فَقَدْ بَطَلَ حكم النكاح، وإنما سمي النكاح لأجل بذلك لانتفاعها بما يعطيها، وانتفاعه بقضاء شهوته، فكان الغرض منها مجرد التمتع دون التوالد، وغيره من أغراض النكاح.

وقد كانت المتعة منتشرة عند العرب في الجاهلية، فكان الرجل يتزوج المرأة مدة ثم يتركها من غير أن يرى العرب في ذلك غضاضة، فلما جاء الإسلام أقرهم على ذلك في أول الأمر، ولم نعلم أن النبي ﷺ ـ نهى عن المتعة إلا في غزوة خيبر في السنة السابعة من الهجرة، فقد روي عن علي ـ رضي الله عنه ـ أن رسول الله ﷺ ـ «نَهَى عَنْ مُتْعَةِ النِّسَاءِ يَوْمَ خَيْبَرَ وَعَنْ أَكْلِ لُحُومِ الْحَمْرِ الإِنْسِيَّةِ» واستمر الأمر على ذلك، حتى فتح مكة حيث ثبت أن النبي ﷺ ـ أباحها ثلاثة أيام، وفي بعض الروايات أنه أباحها يوم أوطاس، ولكن الحقيقة أن ذلك كان في يوم الفتح، ومن قال يوم أوطاس، فذلك لاتصالها بها ثم حرمها رسول الله ﷺ ـ بعد ذلك إلى يوم القيامة.

فيعلم من هذا أن المتعة كانت مباحة قبل خيبر، ثم حرمت في خيبر، ثم أبيحت يوم الفتح، ثم حرمت بعد ذلك إلى يوم القيامة، فتكون المتعة مما تناولها التحريم والإباحة مرتين.

وقد نشأ من هذا الاختلاف في المتعة بين الصحابة، فمنهم من يرى أن إباحة المتعة قبل خيبر كانت للضرورة وللحاجة، ثم لما ارتفعت الحاجة في خيبر نهى عنها رسول الله ﷺ، ثم لما تجددت الحاجة عام الفتح أذن فيها، ولما ارتفعت الحاجة نهى عنها، وعليه فتكون المتعة مباحة عند الحاجة، وبهذا كان يقول ابن عباس رضي الله عنهما إلا أنه رجع عنه كما سيأتي بيانه ومنهم من يرى أن نهى النبي ﷺ ـ عن المتعة يوم خيبر كان نسخا لها، ثم رفع النسخ في يوم الفتح ثلاثة أيام، ثم نسخت بعد ذلك إلى يوم القيامة، وإلى هذا ذهب جمهور الصحابة.

وقد اختلف الفقهاء بعد ذلك في المتعة هل هي محرمة فتكون من الأنكحة الفاسدة، أو مباحة =

. . . .

= فتكون من الأنكحة الصحيحة.

فذهب الجمهور إلى القول بتحريمها، وإنها من الأنكحة الفاسدة التي تفسخ مطلقاً قبل الدخول وبعده، وهو مذهب الأئمة الأربعة.

وذهب الإمامية من الشيعة إلى القول بإباحة نكاح المتعة إلى يوم القيامة، بل منهم من تغالى في ذلك وقال إنها قربة، وعليه فالخلاف في المتعة بين الجمهور والإمامية، ولما لم أجد كتاباً من كتب الإمامية أثق به لأستطيع استيفاء الكلام على مذهبهم في المتعة رأيت أن أكتفي بما قاله شرف الدين الصنعاني، وهو من علماء الشيعة، فإنه بعد أن ذكر الحديث عن علي قال ما نصه، والحديث يدل على تحريم نكاح المتعة للنهي عنه، وهو النكاح المؤقت إلى أمد مجهول أو معلوم، وغايته إلى خمسة وأربعين يوماً، ويرتفع النكاح بانقضاء الوقت المذكور في التقطعة الحيض، والحائض بحيضتين، والمتوفى عنها بأربعة أشهر وعشر ولا يثبت لها مهر ولا نفقة، ولا توارث، ولا عدة إلا الاستبراء بما ذكر، ولا نسب يثبت به إلا أن يشترط، وتحرم المصاهرة بسببه هكذا ذكره في بعض كتب الإمامية وأنا أذكر دليل الإمامية والرد عليه.

استدل الإمامية على القول بإباحة المتعة بالكتابة، والأئمة والعقول، والإجماع أما الكتاب فقول الله تعالى: **﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾** فإنهم حملوا الاستمتاع في الآية على المتعة، وقالوا المراد بقوله تعالى: **﴿فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾** أجر المتعة، ومما يؤيد أن الآية في المتعة قراءة أبي وابن عباس «فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ إِلَى أَجَلٍ» فهي صريحة في المتعة.

وأما الأثر: ـ فأولا ما روي أن ابن عباس كان يفتي بالمتعة، ووجه الدلالة من هذا أنهم قالوا لو لم تكن المتعة مباحة لما أفتى بها ابن عباس إذ لا يليق بمثله أن يفتي بها مع أنها محرمة.

وثانياً: ـ بما روي عن جابر ـ رضي الله عنه ـ قال تمتعنا على عهد رسول الله ﷺ ـ وأبي بكر وصدر من خلافة عمر، ثم نهانا عمر، ووجه الدلالة من هذا أن جابراً ـ رضي الله عنه ـ أخبر أنهم استمتعوا في زمن النبي ـ ﷺ ـ وفي خلافة أبي بكر وفي صدر مَن خلافة عُمَر، وهذا يدل على أن المتعة مباحة، وإنما نهى عنها عمر من باب السياسة الشرعية.

وأما المعقول: ـ فقد قالوا إنها منفعة خالية من جهات القبح، ولا نعلم فيها ضرراً عاجلاً، ولا آجلاً، وكل ما هذا شأنه فهو مباح، فالمتعة مباحة.

وأما الاجماع: ـ فإنهم قالوا أجمع أهل البيت على إباحتها.

وتناقش هذه الأدلة: التي تمسك بها الإمامية بما يأتي: ـ.

أما الآية فيقال لهم فيها أنها بمعزل عن الدلالة لكم، إذ هي محمولة على النكاح الدائم، وما يجب للمرأة من المهر كاملاً إذا استمتع بها الزوج، ويؤيد هذا أنها وردت في سياق الكلام على النكاح بالعقد المعروف بعد الكلام على أجناس يحرم التزوج بها، وتسمية المهر أجراً لا يدل على أنه أجر المتعة، فقد سمي المهر أجراً في غير هذا الموضع كقوله تعالى: **﴿يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾** أي مهورهن، وكقوله تعالى: **﴿فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾** أي: مهورهن، وأما قراءة أُبَيّ وابن عباس، فهي شاذة، والقراءة الشاذة لا تعارض القطعي وهي الآية الدالة على التحريم، وهي قوله تعالى: **﴿إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾** مع أن الدليلين أن تساويا في القوة وتعارضا في الحل والحرمة قدم دليل الحرمة=

أغراض النِّكَاحِ، وكان ذلك جائزاً في ابتداءِ الإِسْلَامِ ثم نُسِخَ.

وإذا وطيء في نِكَاحِ الْمُتْعَةِ جاهلاً بفساده، فلا حَدَّ فإن كان عالماً فقد بني أمر الحد على ما رُوِيَ عن ابنَ عَبَّاسٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عنه ـ أنه كان يجوّز نِكَاحَ الْمُتْعَةِ، ثم

= منهما، ويقال لهم فيما روِيَ عن ابن عباس أنه ثبت رجوعه عنه، وقد كان يفتي بها أولاً؛ لأنه فهم من نهي النبي ـ ﷺ ـ عنها يوم خيبر، ثم إباحتها يوم الفتح ثم نهى عنها بعد ذلك، أن الإِباحة كانت للضرورة، والنهي عند ارتفاعها يؤيد ذلك ما رُوِيَ عن شعبة عن أبي جمرة قال: سمعت ابن عباس سئل عن متعة النساء، فرخص فيها، فقال له إنما كان ذلك في الحال الشديد، وفي النساء قلة، فقال ابن عباس نعم فإنه يعلم من هذا أن ابن عباس كان يتأول في إباحة نكاح المتعة لمضطر إليه، ثم توقف بعد ذلك لما ثبت له النسخ.

ومما يؤيد رجوع ابن عباس ما أخرجه الترمذي، أن ابن عباس قال: أنما كانت المتعة في أول الإِسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة، فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم فتحفظ له متاعه، وتصلح له شأنه، حتى نزلت: ﴿إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ فقال ابن عباس، فكل فرج سواهما حرام.

وقد روى رجوعه أيضاً البيهقي وأبو عوانة في صحيحه، وروي عنه أنه قال عند موته: «اللَّهُمَّ إِنِّي أَتُوبُ إِلَيْكَ» من قوله في المتعة والصدف. وعليه فلا يصح الاحتجاج بفتوى ابن عباس، وقد رجع عنها.

ويقال لهم في أثر جابر أن قوله: «تمتعنا الخ..» يحمل على أن من تمتع لم يبلغه النسخ، حتى نهى عنها عمر، أو يكون جابر ـ رضي الله عنه ـ قال ذلك لفعلهم في زمن رسول الله ﷺ ـ ثم لم يبلغه النسخ، حتى نهى عنها عمر، فاعتقد أن الناس باقون على ذلك لعدم الناقل عنده، والقول بأن عمر هو الذي نهى عنها، وأن ذلك من قبيل السياسة الشرعية غير مسلم، فإن عمر إنما قصد الأخبار عن تحريم النبي ـ ﷺ ـ ونهيه عنها إذ لا يجوز أن ينهي عما كان النبي ـ ﷺ ـ أباحه، وبقي على إباحته: ومما يؤيد أن نهيه عنها ليس من قبيل السياسة الشرعية بل أنه نهى عنها لما علم نهي النبي ـ ﷺ ـ ما روي من طريق سالم بن عبد الله عن أبيه عن عمر قال: صعد عمر المنبر فحمد الله، وأثنى عليه، ثم قال: «مَا بَالُ رِجَالٍ يَنْكِحَانَ هَذِهِ الْمُتْعَةَ وَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْهَا «لا أُوتِي بِأَحَدٍ نَكَحَهَا إِلاَّ رَحَمْتُهُ».

ويقال لهم في العقول لا نسلم أنها منفعة خالية من جهات القبح، ولا ضرر فيها في الآجل ولا في العاجل، بل الضرر متحقق فيها، فإن فيها امتهان المرأة، وضياع الأنساب، فإن مما لا شك فيه أن المرأة التي تنصب نفسها، ليستمتع بها كل من يريد تصبح محتقرة في أعين الناس، وأيضاً فهو معقول في مقابلة النص، وهو باطل.

ويقال لهم في الإِجماع أولاً: أن إجماع أهل البيت على فرض إجماعهم ليس بحجة، فما بالك والإِجماع لم يصح عنهم. فهذا زيد بن علي، وهو من أعلمهم يوافق الجمهور، ثم إن الإِمام علياً ـ رضي الله عنه ـ وهو رأس الأئمة عندهم يقول بتحريمها، فقد روي عن طريق جويرية عن مالك ابن أنس عن الزهري أن عبد الله بن محمد بن علي بن أبي طالب، والحسن بن محمد حدثاه عن أبيهما أنه سمع علياً بن أبي طالب يقول لابن عباس إنك رجل تائه، أي حائل أن رسول الله ﷺ نهى عن المتعة.

رَجَعَ[(١)] عنه فإن صَحَّ رُجُوعُهُ وجب الحد لحصول الإجماع، وإن لَمْ يَصِح رجوعه،

(١) رواه الترمذي وقال الحافظ: وفي إسناده موسى بن عبيدة الربذي وهو ضعيف، وأغرب المجد ابن تيمية فذكر عن أبي جمرة الضبعي أنه سأل ابن عباس عن متعة النساء فرخص فيه، فقال له إنما ذلك في الحال الشديد، وفي النساء قلة، فقال: نعم، رواه البخاري، انتهى. وليس هذا في صحيح البخاري، بل استغربه ابن الأثير في جامع الأصول، فعزاه إلى رزين وحده، قلت: قد ذكره المزي في الأطراف في ترجمة أبي جمرة عن ابن عباس وعزاه إلى البخاري في النكاح باللفظ الذي ذكره ابن تيمية سواء، ثم راجعته من الأصل فوجدته في باب النهي عن نكاح المتعة أخيراً ساقه بهذا الإسناد والمتن، فاعلم ذلك، وقد أخرجه الإسماعيلي في مستخرجه بلفظ الجهاد، بدل الحال الشديد، ويا عجباً من المصنف كيف لم يراجع الأطراف وهي عنده، إن كان خفي عليه موضعه من الأصل، وروينا في كتاب الغرر من الأخبار لمحمد بن خلف القاضي المعروف بوكيع نا علي بن مسلم نا أبو داود الطيالسي نا حويل أبو عبد الله عن داود بن أبي هند عن سعيد بن جبير، قال: قلت لابن عباس: ما تقول في المتعة فقد أكثر الناس فيها حتى قال فيها الشاعر، قال: وما قال الشاعر، قلت قال: قد قلت للشيخ لما طال محبسه، يا صاح هل لك في فتوى ابن عباس، هل لك في رخصة الأطراف أنة، تكون مثواك حتى مصدر الناس، قال وقد قال فيها الشاعر، قلت: نعم، قال فكرهها أو نهى عنها، وقال الخطابي نا ابن السماك نا الحسن بن سلام نا الفضل بن دكين نا عبد السلام عن الحجاج عن أبي خالد عن المنهال عن سعيد بن جبير قال قلت لابن عباس: لقد سارت بفتياك الركبان، وقالت فيها الشعراء، قال وما قالوا فذكر البيتين، قال: فقال: سبحان الله والله ما بهذا أفتيت، وما هي إلا كالميتة لا تحل إلا للمضطر، وأخرج البيهقي من طريق الزهري قال: ما مات ابن عباس حتى رجع عن هذه الفتيا، وذكره أبو عوانة في صحيحه أيضاً، وروى عبد الرزاق في مصنفه عن ابن جريج عن عطاء، عن ابن عباس كان يراها حلالاً ويقرأ فما استمتعتم به منهن، قال: وقال ابن عباس في حرف أبي بن كعب إلى أجل مسمى، قال: وكان يقول: يرحم الله عمر ما كانت المتعة إلا رحمة من الله رحم بها عباده، ولولا نهي عمر ما احتيج إلى الزنا أبداً. وذكر ابن عبد البرّ عن الليث بن سعد عن بكير بن الأشج عن عمار مولى الشريد: سألت ابن عباس عن المتعة أسفاح هي أم نكاح؟ قال: لا سفاح ولا نكاح قلت: فما هي؟ قال: المتعة كما قال الله، قلت: هل عليها حيضة؟ قال: نعم، قلت: يتوارثان؟ قال: لا.

فائدة: كلام الرافعي يوهم أن ابن عباس انفرد عن غيره من الصحابة بتجويز المتعة لقوله إن صح رجوعه وجب الحد للإجماع، ولم ينفرد ابن عباس بذلك بل هو منقول عن جماعة من الصحابة غيره، قال ابن حزم في المحلى: مسألة: ولا يجوز نكاح المتعة وهي النكاح إلى أجل، وقد كان ذلك حلالاً على عهد رسول الله ﷺ، ثم نسخها الله تعالى على لسان رسوله عليه السلام إلى يوم القيامة، ثم احتج بحديث الربيع بن سبرة عن أبيه وفيه: سمعت رسول الله ﷺ على المنبر يخطب ويقول: من كان تزوج امرأة إلى أجل فليعطها ما سمى لها، ولا يسترجع مما أعطاها شيئاً، ويفارقها، فإن الله عزّ وجلّ قد حرمها عليكم إلى يوم القيامة، قال ابن حزم: وما حرمه الله علينا إلى يوم القيامة فقد أمنا نسخه، قال: وقد ثبت على تحليلها بعد رسول الله ﷺ جماعة من السلف، منهم من الصحابة أسماء بنت أبي بكر وجابر بن عبد الله وابن مسعود، وابن عباس=

فيبنى على أنه لو اختلف أهل عَصْرٍ في مَسْأَلَةٍ، ثم اتفق من بعدهم على أحد القولين فيها هل يصير ذلك مجمعاً عليه ـ وفيه وَجْهَانِ أصوليان:

إن قلنا: نعم وجب الْحَدُّ، وإلاَّ فلا، كالوطىء في سائر الأَنْكِحَةِ المختلف فيها، وهو الأَصَحُّ ولك أن تقول: نقلوا في المسألة عن زفر أنه يلغو التَّأْقِيْتَ وَيَصِحُّ النِّكَاحُ مؤبداً فليسقط الْحَدُّ لذلك وإِنْ صَحَّ رجوع ابن عَبَّاسٍ ـ رضي اللَّهُ عنهما ـ وحيث لا يجب الْحَدُّ يجب الْمَهْرُ والعدة ويثبت النَّسَبُ.

= ومعاوية وعمرو بن حريث وأبو سعيد وسلمة ومعبد ابنا أمية بن خلف، قال: ورواه جابر عن الصحابة مدة رسول الله ﷺ ومدة أبي بكر ومدة عمر إلى قرب آخر خلافته، قال: وروي عن عمر أنه إنما أنكرها إذا لم يشهد عليها عدلان فقط، وقال به من التابعين طاوس وعطاء وسعيد ابن جبير وسائر فقهاء مكة، قال: وقد تقصينا الآثار بذلك في كتاب الإيصال، انتهى كلامه، فأما ما ذكره عن أسماء فأخرجه النسائي من طريق مسلم القري قال: دخلت على أسماء بنت أبي بكر فسألناها عن متعة النساء، فقالت: فعلناها على عهد رسول الله ﷺ، وأما جابر ففي مسلم من طريق أبي نضرة عنه: فعلناها مع رسول الله، ثم نهانا عنها عمر، فلم نعد لها، وأما ابن مسعود ففي الصحيحين عنه قال: رخص لنا رسول الله أن ننكح المرأة إلى أجل بالشيء ثم قرأ ﴿**يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم**﴾ وأما ابن عباس فقد تقدم، وأما معاوية فلم أرَ ذلك عنه إلى الآن، ثم وجدته في مصنف عبد الرزاق عن ابن جريج عن عطاء قال: أول من سمعت منه المتعة صفوان بن يعلى بن أمية، قال: أخبرني يعلى أن معاوية استمتع بامرأة في الطائف، فأنكرت ذلك عليه، فدخلنا على ابن عباس فذكرنا له ذلك فقال: نعم، وأما عمرو بن حريث فوقعت الإشارة إليه فيما رواه مسلم من طريق أبي الزبير، سمعت جابر يقول: كنا نستمتع بالقبضة من الدقيق والتمر الأيام على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر حتى نهى عنها عمر في شأن عمرو بن حريث، وأما معبد وسلمة ابنا أمية: فذكر عمر بن شبة في أخبار المدينة بإسناده أن سلمة بن أمية بن خلف استمتع بامرأة فبلغ ذلك عمر فتوعده على ذلك، وأما قصة أخيه معبد فلم أرها، وكذلك قصة عمرو بن حريث مشروحة، وأما رواية جابر عن الصحابة فلم أرها صريحاً، وإنما جاء عنه أنه قال: تمتعنا على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدراً من خلافة عمر، وفي رواية: فلما كان في آخر خلافة عمر، وفي رواية: تمتعنا على عهد رسول الله وأبي بكر وعمر، وكل ذلك في مسلم ومصنف عند الرزاق، ومن المشهورين بإباحتها ابن جريج فقيه مكة، ولهذا قال الأوزاعي فيما رواه الحاكم في علوم الحديث: يترك من قول أهل الحجاز خمس، فذكر فيها متعة النساء من قول أهل مكة، وإتيان النساء في أدبارهن من قول أهل المدينة ومع ذلك فقد روى أبو عوانة في صحيحه عن ابن جريج أنه قال لهم بالبصرة: اشهدوا أني قد رجعت عنها بعد أن حدثهم بثمانية عشر حديثاً أنها لا بأس بها. قوله: روي أن امرأة كانت في ركب فجعلت أمرها إلى رجل فزوجها، فبلغ ذلك عمر، فجلد الناكح والمنكح، الشافعي والدارقطني [٣/ ٢٢٥] والبيهقي من طريق ابن جريج عن عبد الحميد عن عكرمة بن خالد به، وفيه انقطاع لأن عكرمة لم يُدرك ذلك.

ولو قال: نكحتها متعة، ولم يَزِدْ على هذا ـ حَكَى الحَنَّاطِيُّ في صحته وجهين ـ هذا شرط مَا أَوْرَدَهُ صاحب «الكتاب» في ركن الصيغة ويختمه بصور تعتبر: الموالاة بين الإِيجاب والقَبُولِ على ما مَرَّ في «البيع»، ونقل القاضي أبو سعد الهَرَوِي: أَنَّ العراقيين من أصحابنا اكتفوا بوقوع القَبُولِ في مَجْلِسِ الإِيْجَابِ، وقالوا حكم نهاية المجلس حكم بدايته، وإذَا وجد أحد شقي العقد من أحد العاقدين فَلاَ بُدَّ من إصراره عليه، حَتَّى يوجد الشق الآخر، فلو رَجَعَ عَنْهُ لغى وكذا لو وجب ثُمَّ زَالَ عَقْلُهُ بجنون، أو إغماء لغى، وامتنع الْقَبُولُ. وكذا لو أذنت المرأة في تزويجها، حيث يعتبر إِذْنُهَا، ثم أغمي عليها قبل العقد بَطَل إذْنُهَا.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الرُّكْنُ الثَّانِي: المَحَلُّ) وَهِيَ الْمَرْأَةُ الخَلِيَّةُ عَنِ المَوَانِعِ مِثْلُ أَنْ تَكُونَ مَنْكُوحَةَ الغَيْرِ أَوْ مُرْتَدَّةً، أَوْ مُعْتَدَّةً، أَوْ مَجُوسِيَّةً، أَوْ زِنْدِيقَةً، أَوْ كِتَابِيَّةً، بَعْدَ المَبْعَثِ، أَوْ رَقِيقَةً (ح) وَالنَّاكِحُ قَادِرٌ عَلَى حُرَّةٍ، أَوْ مَمْلُوكَةَ النَّاكِحِ بَعْضَهَا أَوْ كُلَّهَا، أَوْ مِنَ المَحَارِمِ أَوْ بَعْدَ الأَرْبَعَةِ، أَوْ تَحْتَهُ مَنْ لاَ يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا، أَوْ مُطَلَّقَةً ثَلاَثاً لَمْ يَطَأْهَا زَوْجٌ آخَرُ أَوْ مُلاَعَنَةً، أَوْ مُحَرَّمَةً بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ، أَوْ ثَيِّباً صَغِيرَةً (ح)، أَوْ يَتِيمَةً (ح)، أَوْ زَوْجَةَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

«القول في الركن الثاني من أركان النكاح»

قال الرَّافِعِيُّ: يشترط في المنكوحة أن تكون خلية عن موانع النكاح، والكلام في الموانع مَبْسُوطٌ في مواضعه لا سِيَّمَا فِي الْقِسْمِ الثَّالِثِ مِنَ الْكِتَابِ الْمَعْقُودِ لِبَيَانِ الْمَوَانِعِ وها هنا اقتصر على عد تراجمها وهي أن تكونَ منكوحة الْغَيْرِ، فالمنكوحة لا تنكح، وأن تكون في عدة الغير[1]، وفي اللَّفْظِ تنبيه على أنَّهَا لو كانت في عدته لم يحرم عليه نكاحها، وأن تكون مرتدة، أو زنديقة، أو كتابية دخلت في دينهم بعد مبعث رسولِ اللَّهِ ـ صَلَّى اللَّهُ عليه وَسَلَّمَ ـ أو بعدما بدلوا وَحَرَّفُوْا على أظْهَرِ الْقَوْلَيْنِ.

وأن تكون رقيقة والنَّاكِحُ حُرّاً قَادِراً على مهر حرة أو غير خَائِفَ من الْعَنَتِ.

---

(١) احترز في قوله عدة الغير عن عدة نفسه قال في الخادم نعم لو نكح امرأة قد وطئها بشبهة قال في البحر في باب الزنا لا يحرم الحلال فله أن ينكحها في عدتها لأن عدتها من مائه قال الشافعي ـ رضي الله عنه ـ ولو تركه كان أحب إليّ وأخذ صاحب الخادم يقوي هذا وإطلاق المصنف يتناول هذه الصورة قيل وأهمل الشيخ من الموانع الجهل بخلوها من الموانع.
قال في الخادم وجعل الشيخ أبو حامد من الموانع اختلاف الجنس حتى لا يجوز للآدمي أن يتزوج جنية وفيه نظر، فإن التكليف يعمهما إلى آخر ما ذكره، وما ذكره عن الشيخ أبي حامد نقله بعضهم عن ابن يونس في شرح التعجيز ونقل عن القمولي ـ الكراهة.

وأن تكون بعضها أو جميعها مملوكاً للنَّاكِحِ، فالنكاح والملك لا يجتمعان.

وأن يكون مُحَرَّماً.

أو تكون خامسة، أو يكون في نكاحه أختها أو من لا يجمع بينها وبينها.

وأن تَكُونَ مُطَلَّقَةً ثلاثاً لم تحلل. وأن تكون مُلاَعَنَةً. وأن تكون مُحَرَّمَةً بحجة أو عمرة. وأن تكون ثَيِّباً أو صغيرة. وأن تكون يتيمة، وهي الَّتِي لا أب لها، ولا جد.

وأن تكون زوجة رَسُولِ اللَّهِ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ.

واعلم أنَّ هذه الموانع منها ما يوجد في المرأة ويختص بها مثل كونها مَنْكُوحَةً أَوْ مُعْتَدَّةً، ومنها ما لا يختص بها مثل كونها محرماً، ومحرمة وخامسة فما كان من القسم الأول حَسُنَّ ذِكْرَهُ في هذا السياق واشتراط خلو المرأة عنها، وما كان من القسم الثَّاني، فلا اختصاص لهذا الرُّكْنِ بذكره؛ لأنه كما يشترط ألاَّ تكون المرأة محرماً ومحرمة يشترط في الزوج أيضاً ذلك، وكما يشترط فيها ألا تكون خامسة ألا يكون تحته أختها، يشترط في الزوج ألا يكون تَحْتَهُ أَرْبَعٌ ولا أختها ويجوز أن يعلم من الفصل مَوَاضِعَ نُبَيِّنُهَا عِنْد الْبَسْطِ.

قاعدة: يشترط في كل واحد من الزوجين أن يكون معيّناً فلو قال: زوَّجت منك إحدى ابنتي أو من أحداكما أو إحدى ابنتيك لم يصح، ولو كانت له بنت واحدة فقال: زوجتك بنتي صح، وإن لم يسميها[1].

ولو كانت حاضرة فقال: زوجتك هذه كَفَى وفي معناه ما إذا كانت في الدار فقال: زَوَّجْتُكَ الَّتِي فِي الدَّارِ وليس فيها غيرها[2].

ولو قال ولا بنت له إلاَّ واحدة: زَوَّجْتُكَ بنتي فُلاَنَةَ وَسَمَّاهَا بغير اسْمِهَا ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح النِّكَاحُ؛ لأنه ليس له بنت بذلك الاسم.

---

(١) قال في الخادم يدخل في كلامه فرع غريب وهو ما لو قال الولي لآخر زوجتك وهذا الحائط بكذا قال البحر في باب الزنا لا يحرم الحلال فيه وجهان مبنيان على من زوج بنته من فلان ومن الحائط وفيه وجهان أصحهما بطلان النكاح فيهما قال ذكره والدي.

(٢) قال في الخادم أطلق ذلك وقيده المتولي بما إذا كانت سافرة قال فإن كانت منتقبة أو من وراء ستر والزوج لا يعرفها بوجهها ولا ذكر اسمها ولا نسبها لم يصح لأنها مجهولة إلى آخر ما نقله عنه.
ثم قال وكلام الرافعي وغيره يشعر بفرض المسألة فيما إذا كان الأب ونحوه ممن يعلم نسبه منها فتصير معلومة النسب عند الزوج فلا يكون مخالفاً لكلام المتولي.

وأصحهما: الصحة؛ لأن البنتية صفة لازمة مميزة فتعتبر ويلغى الاسم المذكور بعده، وصار كما لو أشار إليها، وَسَمَّاهَا بغير اسْمِهَا، فإنه يصح النِّكَاحُ وتلغو التسمية، ويشبه أن يمنع صاحب الوجه [الأولى][(١)] هذه الصورة أيضاً؛ ألا ترى أنهم شبهوا الوجهين في المسألة بالوجهين فيما إذا قال: بِعْتُكَ [فَرَسِي][(٢)] هذا، وهو بغل هل يَصِحُّ؟ فأثبتوا الخلاف مع الإشارة، والظاهر الصحة في الصورتين، حَتَّى لو قال: زَوَّجْتُكَ هَذَا الْغُلاَمَ وأشار إلى ابْنَتِهِ.

حكى الْقَاضِيُ الرُّويَانِيُ في «التجربة» عن الأصحاب أنه يصح النِّكَاحُ تعويلاً على الإِشارة. ولو قال: بعتك داري هذه وَحَدُّهَا وغلط في حدودها يصح الْبَيعُ بخلاف ما إذا قال: بعتك الدَّارَ التي في محلة كذا وَحَدُّهَا وغلط، لأنَّ التَّعْوِيْلَ هنا على الإِشارة.

وَلو قال: بعتك داري ولم يقل هذه وحدها وغلط، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ دَارٌ سِوَاهَا، وَجَبَ أَنْ يصح تفريعاً على أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ، فيما إِذَا قال زَوَّجْتُكَ بنتي فُلاَنَةً، وَذَكَرَ غَيْرَ اسْمِهَا، ولو كان اسم بنته الواحدة فاطمة فقال: زَوَّجْتُكَ فَاطِمَةَ، ولم يقل بنتي، لم يصح النِّكَاحُ لكثرة الفواطم.

نَعَمْ لو نَوِيَاهَا صَحَّ، هكذا أَجَابَ أصحابنا العراقيون وتابعهم صاحب «التَّهْذِيبِ» واعترض ابن الصَّبَّاغ بأن النِّكَاحَ عَقْدٌ يفتقر إلى الشهادة والشهود إنما يشهدون ويطلعون على اللَّفْظِ دون النِّيَةِ، وهذا متين ولهذا الأصل حكمنا بأنَّ النِّكَاحَ. لا ينعقد بالْكِنَايَاتِ[(٣)].

ولو كانت له بنتان فصاعداً، فلا بُدَّ من تمييز الْمَنْكُوحَةِ بالتَّسْمِيَةِ، أو بالإِشارة بأن يقول بنتي هذه، أو بالوصف بأن يقول: بنتي الْكُبْرَى، أَو الْوُسْطَى وَهُنَّ ثَلاَثٌ.

قال الَمكتفون بالنِّيَةِ، أو بأن يَنْوِيَا واحدة بعينها، وإن لم يجر لَفْظٌ مُمَيِّزٌ.

ولو قال: بنتي الْكُبْرَى وَسَمَّاهَا باسم الصُّغْرَى صَحَّ النِّكَاحُ عَلَى الْكُبْرَى اعتماداً عَلَى الْوَصْفِ بالكبر، ويجيء على قِيَاسِ الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ في الواحدة أن يبطل النِّكَاحُ،

---

(١) سقط في ز. (٢) سقط في ز.

(٣) قال الشيخ البلقيني هذا الذي اعترض عليه ابن الصباغ ليس بالقوي وجوابه أن الكناية إنما تضر في نفس الصيغة المعتبر بها إذا أبدلها بغيرها. وأما هنا فقد وجدت الصيغة الصريحة وتسمية المعقود عليها فلا يضر القصد ويعينها وقد سئلت عن وكيل قال لشخص زوجتك بنت موكلي ولم يسمه ولكن نواه هو والزوج فأفتيت بأنه يصح على قياس الصورة وهو الأصح والله أعلم انتهى.

ولو لم يتعرض للكبر والصِّغَرِ لكن قال: زَوَّجْتُكَ بنتي فلانةَ، فذكر اسم الكبيرة مثلاً، وَقَصَدَ تَزْوِيجَ الصَّغِيْرَةَ أو بالعكس، وَقَصَدَ الزَّوْجُ الَّتِي قَصَدَهَا الْوَلِيُّ صح النِّكَاحُ عَلَى الَّتِي قصداها. ولغت التسمية وفي الاعتماد على النِّيَةِ الإِشْكَالُ الَّذِي سَبَقَ.

ولو قال الزَّوجُ قصدت الكبيرة فالنِّكَاحُ في الظاهر منعقد عليها وإن صدق الوليُّ على أنه قصد الصَّغِيْرَةَ لم يصح النِّكَاحُ؛ لأنه قبل غير ما أوجب؛ كذلك ذكره العراقيون، وصاحب «التَّهْذِيبِ» المعتبرون للنيَّةِ، وهذا يخالف الجوابَ المنقول في فَرْعٍ آخَرَ وهو أنَّ زيداً خَطَبَ إلى قَوْمٍ وعمراً إلى آخرين ثم جاء زَيْدٌ إلى الآخرين وعمر وإلى الأولين وزوج كل فريق من جاءه.

فعن أبي الحسين بن القطَّان أنه وقع في زمان أبي السَّائِبِ ببغداد فأفتى الفُقَهَاءُ فيها بِصِحَّةِ النِّكَاحَيْنِ، وَمَعْلُومٌ أنَّ كُلَّ وَلِيٍّ أَوْجَبَ لغير من قَبِل.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الرُّكْنُ الثَّالِثُ): الشُّهُودُ فَلاَ يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ إِلاَّ بِحَضْرَةِ عَدْلَيْنِ (م) مُسْلِمَيْنِ (ح) حُرَّيْنِ بَالِغَيْنِ سَمِيعَيْنِ بَصِيرَيْنِ ذَكَرَيْنِ (ح) مَقْبُولَي الشَّهَادَةِ لِلزَّوْجَيْنِ وَعَلَيْهِمَا، لَيْسَا بِعَدُوَّيْنِ وَلاَ ابْنَيْنِ وَلاَ أَبَوَيْنِ لَهُمَا، وَيُكْفَى حُضُورُ مَسْتُورَي العَدَالَةِ دُونَ مَسْتُورَي الرِّقِّ، فَإِنْ بَانَ كَوْنُهُ فَاسِقاً عِنْدَ العَقْدِ تَبَيَّنَ البُطْلاَنُ عَلَى قَوْلٍ، وَإِنَّمَا يَتَبَيَّنُ بِحُجَّةٍ، أَوْ تَذَكُّرَ أَنَّهُ فَاسِقٌ لاَ بِاَعْتِرَافِ المَسْتُورِ، فَإِذَا عَرَفَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ فِسْقَهُ عِنْدَ العَقْدِ لَمْ يَنْعَقِدْ، فَإِنْ أَقَرَّ الزَّوجُ بِأَنَّهُ عَرَفَ فِسْقَهُ وَأَنْكَرَتْ بَانَتْ مِنْهُ وَوَجَبَ شَطْرُ المَهْرِ إِنْ كَانَ قَبْلَ المَسِيسِ، وَتَوْبَةُ المُعْلِنِ عِنْدَ العَقْدِ تُلْحِقُهُ بِالمَستورِ عَلَى رَأْيٍ، وَلاَ يُشْتَرَطُ الإِشْهَادُ عَلَى رِضَا المَرْأَةِ.

القول في الركن الرابع

قال الرَّافِعِيُّ: ذكر صاحب «الكتاب» في «الوسيط» أن في حضور الشهود شرط لَكُنَّا تَسَاهَلْنَا بتسميته رُكناً، والْكَلاَمُ في تفسير الرُّكنِ والشَّرْطِ وكيفية افتراقهما قد مَرَّ، فلا نعيده، وبالجملة فَحُضُورُ الشُّهُودِ مُعْتَبَرٌ في اْلأَنْكِحَةِ.

روي عن عمران بن الحصين أنَّ النبي ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ قَالَ: «لاَ نِكَاحَ إِلاَّ بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ»[1]. والمعنى فيه الاحتياط للإبضاع، وَصِيَانَةُ اْلأَنْكِحَةِ عَنِ

(١) أحمد والدارقطني [٣/ ٢٢٥] والطبراني [١٨/ ٢٩٩] والبيهقي [٧/ ١٢٥] من حديث الحسن عنه، وفي إسناده عبد الله بن محرز وهو متروك، ورواه الشافعي من وجه آخر عن الحسن مرسلاً وقال: وهذا وإن كان منقطعاً فإن أكثر أهل العلم يقولون به.

الْجُحُودَ(١).

---

(١) اختلف أهل العلم في اشتراط الشهادة في النكاح، وعدم اشتراطها.
فذهب عبد الله بن مهدي، ويزيد بن هارون، والعنبري، وعثمان البتي، وابن أبي ليلى، وأهل الظاهر إلى القول بأن الشهادة ليست شرطاً في النكاح، وهو رواية عن أحمد.
وذهب الجمهور إلى القول بأن الشهادة شرط في النكاح.
استدل من لم يشترط الشهادة في النكاح بالأثر، والمعقول.
أما الأثر فما روي عن ابن المنذر قال: أعتق النبي - ﷺ - صفية بنت حيي، فتزوجها بغير شهود، ووجه الدلالة من هذا الأثر أن ابن المنذر أخبر أن النبي - ﷺ - تزوج صفية من غير شهود، ولو كانت الشهادة شرطاً في النكاح، لما تركها النبي - ﷺ -.
وأما المعقول: فقد قالوا فيه أن النكاح عقد من العقود، فلم تكن الشهادة شرطاً فيه كالبيع وتناقش هذه الأدلة بما يأتي.
أما الأثر: فيقال لهم فيه أنه لا يدل على عدم اشتراط الشهادة في النكاح، لأن يحمل على الخصوصية، ومما يؤيد أن ذلك من الخصوصيات ما ورد عنه من الأحاديث القاضية باشتراط الشهادة في النكاح.
ويقال لهم في المعقول: فرق بين البيع، والنكاح، فإن البيع لا يتعلق به إلا حق المتعاقدين بخلاف النكاح، فإنه يتعلق به حق غير المتعاقدين، وهو الولد لذلك اشترطت فيه الشهادة، حتى لا يجحده أبوه، فيضيع نسبه، وفي ذلك من الضرر ما لايخفى.
وأما الجمهور: فقد استدلوا بالسنّة والمعقول.
أما السنّة: - فأولاً. ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي - ﷺ - قال: «الْبَغَايَا اللاَّتِي يَنْكِحْنَ أَنْفُسَهُنَّ بِغَيرِ بَيِّنَةٍ» رواه الترمذي، ووجه الدلالة منه أن النبي - ﷺ - أطلق على النساء اللاتي ينكحن من غير بينة بغايا، فدل ذلك على اشتراط الشهادة في النكاح، وإلا لما سماهن بغايا.
وثانياً: بما روي عن عمران بن حصين - رضي الله عنه - عن النبي - ﷺ - قال: «لاَ نِكَاحَ إِلاَّ بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ» ووجه الدلالة من الحديث أن الظاهر أن النفي يتوجه إلى نفس الفعل، ونجد أن الفعل يوجد من غير شهود، فتعين توجه النفي في الحديث إلى الصحة، وذلك يستلزم أن يكون الاشهاد شرطاً في صحة النكاح؛ لأنه قد استلزم عدمه عدم الصحة، وما كان كذلك فهو شرط
وثالثاً: - بما أخرجه الحاكم والبيهقي، وغيرهما من طريق أبي يوسف محمد بن أحمد بن الحجاج الرقي عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله - ﷺ - «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكِحَتْ بِغيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا وَشَاهِدَي عَدْلٍ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ فَإِن اسْتَجَرَوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهُ» ووجه الدلالة من الحديث أنَّ النبي - ﷺ - أخبر بأن نكاح المرأة بدون إذن وليها، وشاهدي عدل باطل، فدل ذلك على اشتراط الشهادة في النكاح.
وأما المعقول، فقد قالوا فيه: أن النكاح يتعلق به حق غير المتعاقدين، وهو الولد، فاشترطت فيه الشهادة، لئلا يجحده أبوه، فيضيع نسبه.
وقد نوقشت الأحاديث التي تمسك بها الجمهور بما يأتي.
أما حديث ابنِ عباس فقد قيل لهم فيه: أن الترمذي ذكر أنه لم يرفعه غير عبد الأعلى، وأنه قد=

وعن مالك ـ رَضِيَ اللَّه عَنْهُ ـ: أنَّ الشَّرْطَ الإِعْلاَنَ وترك التراضي بالكتمان دُونَ الشَّهَادَةِ حَتَّى لو تواصوا بالْكِتْمَانِ لم ينعقد وإن حَضَرَ الشهود، ويعتبر في شهود النِّكَاحِ صِفَاتٌ. منها: الإِسلام، وعن أبي حَنِيْفَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أَنَّ نِكَاحَ الذِّمِّيَّةِ يَنْعَقِدُ بشهادة ذميين. لنا: أن ما لا ينعقد به نكاح المسلمين لا ينعقد به نِكَاحُ الْمُسْلِمِ والذِّمِّيَّة كالعبدين.

ومنها: التَّكْلِيفُ وَالْحُرِّيَّةُ فَلاَ يَنْعَقِدُ بحضور الصِّبْيَانِ والْمَجَانِينَ وَالْعَبِيْدِ لأَنَّهُ لا يثبت بهم لو فرض جحود.

ومنها: العدالة: فلا ينعقد النِّكَاحُ بحضور الفاسقين خلافاً لأَبِي حَنِيْفَةَ[1].

= وقفه مرة، وأن الوقف أصح، ويجاب عن هذه المناقشة. بأن هذا لا يقدح في الحديث؛ لأن عبد الأعلى ثقة، فيقبل رفعه وزيادته، وقد يرفع الراوي الحديث، وقد يقفه.

وأما حديث عمران بن حصين، فقد قيل لهم فيه: أن في إسناده عبد الله بن محرز، وهو متروك، ويجاب عن هذه المناقشة، بأن هذا الحديث رواه الشافعي ـ رضي الله عنه ـ من وجه آخر عن الحسن مرسلاً، وقال: هذا وإن كان منقطعاً، فإن أكثر أهل العلم يقولون به.

وأما حديث عائشة فقد نوقش بأن الدَّارَقُطْنِيِّ أعله بأن الثوري، ويحيى بن سعيد، وغيرهما رووه، ولم يذكروا فيه الشاهدين.

ويجاب عن هذه المناقشة. بأن البيهقي نقل عن أبي علي الحافظ النيسابوري أنه قال أبو يوسف الرقي: هذا من حُفَّاظِ أهل الجزيرة ومتقنيهم، ثم ساق الحديث من طرق أُخَرَى.

هذه خلاصة ما نوقشت به الأحاديث التي تمسك بها الجمهور والناظر في الأدلة يرى ترجيح مذهب الجمهور للأحاديث. وهي وأن تكلم فيها ألا أنها بانضمامها يقوي بعضها بعضاً فيصح الاحتجاج بها. لا سيما أن النكاح شرع لقاصد جليلة يتعلق بها وجود النوع الإنساني على الوجه الأكمل. فلذلك وجب أن يمتاز عن سائر العقود باشتراط الشهادة فيه. وأيضاً في الأشهاد على النكاح تمييز له عن السفاح فإن الزنا لا يكون عادة إلا سراً.

اختلف الجمهور بعد اتفاقهم على أن الشهادة لا بد منها في النكاح. هل هي شرط في صحة أو في تمامه.

فذهب المالكية إلى القول بأن الشهادة شرط في تمام النكاح وليست شرطاً في صحته فينعقد النكاح عندهم صحيحاً بدون شهادة ولكنه لا يتم إلا بالشهادة. وقالوا تندب الشهادة عند العقد للخروج من الخلاف. وإلى هذا القول ذهب عبد الله بن عمر وعروة بن الزبير وعبد الله بن الزبير. والحسن بن علي. ومن المحدثين عبد الرحمن بن مهدي ويزيد بن هارون.

وذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى القول بأن الشهادة شرط في صحة النكاح وأن العقد لو خلا عنها يكون فاسداً وقد حكاه في البحر عن علي وعمر وابن عباس.

(١) يرى بعض الفقهاء ممن يشترطون في صحة النكاح الأشهاد أن النكاح يصح إذا شهد على العقد شهود غير عدول وإلى هذا ذهب الحنفية فقد قالوا يصح النكاح بشهادة الفاسقين وهو رواية عن أحمد. =

لنا الحديث، وأيضاً فإن النِّكَاحَ لا يثبت بشهادتهما فلا ينعقد بحضورهما كَالْعَبْدَينِ.

ومنها: السَّمْعُ وَالْبَصَرُ ـ فلا ينعقد بحضور الأَصَمِّ الَّذِي لا يَسْمَعُ أَصْلاً، وفي الأَعْمَى وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: الانعقاد؛ لأنه عَدْلٌ فَاهِمٌ.

وأصحهما: الْمَنْعُ ـ كما في ألأَصَمِّ؛ لأنَّ الأقوال لا تثبت إلاَّ بالمعاينة والسَّمَاع، وفي الانعقاد بحضور الأَخْرَسِ وجهان بِنَاءً على الْخِلاَفِ في قَبُولِ شَهَادَتِهِ وطرد الخلاف في الانعقاد بشهادة ذوي الحِرَفِ الدَّنِيَّةِ.

وذكر القاضيُ ابنُ كَجٍّ الخلاف في الصَّبَّاغِيْنَ والصواغين كأنه ألحقهم بذوي

= وذهب الشافعية والمالكية إلى القول بأن النكاح لا يصح بشهادة الفاسقين وهو رواية عن أحمد.

استدل الحنفية ومن وافقهم بالمعقول ـ فقالوا إن الفاسق من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة. أما كونه من أهل الولاية فلأنه يزوج نفسه وعبده وأمته وابنته ويقر بما يتعلق بنفسه من القتل. وإذا ثبت أنه من أهل الولاية ثبت كونه من أهل الشهادة لأن الشهادة من باب الولاية.

ويرد هذا الدليل بأننا لا نسلم أن كل من كان من أهل الولاية يكون من أهل الشهادة. لأن ذلك في الولاية التامة، والفاسق ولايته قاصرة فلا يكون أهلاً للشهادة. إذ الشهادة متعدية إلى غيره فلا يكون أهلاً لها. وأيضاً فهو معقول في مقابلة النص فلا ينهض الاحتجاج به وأما الشافعية والمالكية ومن وافقهم فقد استدلوا بالكتاب والسنّة والمعقول أما الكتاب فقول الله تبارك وتعالى: **﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾** ووجه الدلالة من الآية. أن الله تعالى أمر بأشهاد العدل والفاسق غير عدل فلا تقبل شهادته في النكاح وغيره.

وأما السنّة فما روي أن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل» مع غيره من الأحاديث القاضية باشتراط العدالة في الشهود.

وأما المعقول. فأولاً. قالوا إن الشهادة خبر يرجح فيه جانب الصدق على جانب الكذب والرجحان إنما يثبت بالعدالة.

وثانياً: قالوا إن الشهادة شرطت لإظهار خطر النكاح تكرمة له وتعظيماً والفاسق من أهل الإِهانة فلا تكرمة ولا تعظيم للعقد بإحضاره.

وعليه فالراجح مذهب الشافعية والمالكية من وافقهم وهو فساد النكاح بشهادة الفاسقين للأحاديث الواردة في الشهادة فإنها اشترطت العدالة. وهي وإن كانت ضعيفة ألا أنها قد تقوت بكثرتها.

هذا كله في النكاح بشهادة ظاهر الفسق. أما النكاح بشهادة مستوري الحال فقد اتفق الحنفية والشافعية والحنابلة على صحة. وهذا من باب التخفيف على الناس لأن النكاح يكون في المدن والقرى وفي البادية وفي الناس من لا يعرف حقيقة العدالة فاعتبار ذلك يشق على الناس ولذلك اكتفى بظاهر الحال وكون الشاهد مستوراً لم يظهر فسقه خصوصاً في هذا الزمن الذي قلت فيه العدالة.

الحرف الدِّنِيَّةِ، ولا ينعقد بشهادة الأَعْجَمِي الذي لا يعرف لِسَانَ المتعاقدين، فإن كان يضبط اللَّفْظَ فقد حكى أبو الحسن العبادي فيه وَجْهَينِ؛ لأنه ينقله إلى الحاكم، ولا ينعقد بشهادة الْمُغَفَّلِ: الَّذِي لا يضبط، فإن كان يَحْفَظُ وَيَنْسَى عند قَرِيبٍ فينعقد.

ومنها: الذُّكُورَةُ فَلاَ يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَينِ ولا بأربع نسوة خلافاً لأبي حَنِيفَةَ[1] ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ وأحمد ينعقد بشهادة رجل وامرأتين، لنا ظاهر الخبر فإن لفظ «الشاهدين» يقع على ذَكَرَيْنِ وَعَلَى ذَكَرٍ وَأُنْثَى.

والثَّاني غير مراد بالاتفاق فيتعين الأول، ولو كَانَ الْحَاضِرَانِ عدوّي الزوجين، أو عدوّي أحدهما، أو أحدهما عدو أحدهما والثّاني عدو الثاني ففي انعقاد النِّكَاحِ أَوْجُهٌ:

أصحها: على ما ذكر صاحب «التَّهْذِيبِ» الانعقاد اكتفاءً بالعدالة والفهم وثبوت الأنكحة بقولهما في الجملة.

والثَّاني: المنع لِتَعَذُّرِ الإِثبات بشهادتهما إذا كان عدوين لهما، أو أحدهما عدو لهذا، والآخر عدو لهذا، وإذا كانا عَدُوَّيْنِ لأحدهما فَلا يُمْكِنُ الإِثبات بشهادتهما إلاَّ إذا كان الجحود من غير العَدُوِّ والاحْتِيَاطُ والتَّوْثِيقُ مَقْصُودٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ.

---

(١) اتفق الفقهاء على القول بأن شهادة النساء مع الرجال تقبل في الأموال وذلك لقوله تعالى: ﴿**فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء**﴾ كما اتفقوا على أن شهادة النساء منفردات لا تقبل ألا فيما لا يمكن أن يطلع عليه الرجال مثل عيوب الفرج.

واختلفوا في النكاح بشهادة رجل وامرأتين هل يصح أو لا يصح.

فذهب الحنفية وجماعة إلى القول بصحة النكاح بشهادة رجل وامرأتين واستدلوا على ذلك بالمعقول ـ فقالوا إن النكاح عقد معاوضة فوجب أن يصح بشهادتهن مع الرجال كالبيع ـ ويرد هذا الدليل بالفرق بين النكاح والبيع. فإن البيع المقصود من المال وقد ثبت بالنص قبول شهادتهن في الأموال. بخلاف النكاح فإن ليس بمال ولا المقصود منه المال ولأنه يحتاط فيه أكثر من البيع.

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بأن النكاح لا يصح ولا ينعقد بشهادة رجل وامرأتين لأن الذكورية عندهم شرط في الشهادة في النكاح وهو قول النخعي والأوزاعي.

وقد استدل المالكية ومن معهم بما يأتي.

أولاً: ما روي عن الزهري أنه قال مضت السنّة عن رسول الله ﷺ أن لا يجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح والطلاق. وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ.

ثانياً: قالوا إن النكاح ليس بمال ولا المقصود منه المال ويحضره الرجال في غالب الأحوال فلا يثبت بشهادتهن كالحدود.

وعليه فالراجح أن النكاح لا يصح بشهادة رجل وامرأتين لا سيما أن النكاح يحضره الرجال في الغالب. والمرأة لا يليق لها أن تحضر مجالس الرجال لأن محاسن العادات لا تقبل ذلك وقد مضت سنّة رسول الله ﷺ كما قال الزهري على عدم قبول شهادة النساء في النكاح. فوجب اتباع سننه والوقوف عندها.

والثَّالِثُ: الفرق بين أن يكونا عدويهما، أو يكون كل واحد منهما عدواً لأحدهما، فلا ينعقد وبين أن يكونا عدوي أحدهما، فينعقد لِإمْكَانِ الْإِثْبَاتِ فَهُمَا في الجملة، وقطع بعضهم بالانعقاد في هذه الصُّوْرَةِ وخص الخلاف بالصورتين الأوليين، وفي ابني الزوجين وابني أحدهما وابن أحدهما مع ابْنِ الْآخَرِ.. هذه الأوجه، ومنهم من قال: يختص الخلاف بهذه الصورة، وفي العدوين ينعقد لاَ مَحَالَةَ والْفَرْقُ أَنَّ الْعَدَاوَةَ قد تزولُ، ويجري الْخِلاَفُ فيما لو حضر جد الزوج وجد الزوجة أو أبواه وجدها أو أبوه وابنها وأما أبوها فَهُوَ وَلِيٌّ عَاقِدٌ، فلا يكون شاهداً كالزَّوْجِ ولو فرض أنه وكل وكيلاً لم يَنْعَقِدْ بحضوره أيضاً؛ لأَنَّ الْوَكِيْلَ نَائِبُ الموكل.

واختار بَعْضُ المتأخرين وجهاً رابعاً ذكره في «الوسيط» وهو أنه ينعقد بابني المرأة وعدوي الزوج؛ لأَنَّ الزَّوْجَ يقدر على الإثبات بشهادتهما، ولا ينعقد بابني الزوج وعدوي المرأة؛ لأنه لا يقدر عليه والمرأة لا تحتاج إلى الشَّهَادَةِ لإِثبات الْحَلِّ، فإنه يَنْدَفِعُ بِإِنْكَارِ الزَّوْجِ.

نعم قد يحتاج إلى إِثْبَاتِ الْمَهْرِ والنفقة لكن الْمَقْصُودَ الأصلي من النِّكَاحِ الحل، والشهادة إنما شرطت لِإثباته ثم في الفصل صور:

إحداها: هل ينعقد [النكاح][(١)] بشهادة المستورين[(٢)]؟.

قَالَ الإِصْطَخْرِيُّ: لاَ بَلْ لاَ بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ الْعَدَالَةِ بَاطِنَاً ليمكن الإثبات بشهادتهما والمذهب الانعقاد؛ لأن النِّكَاحَ يَجري فيما بين أَوْسَاطِ النَّاسِ وَالْعَوَام، وَلَو كُلِّفُوْا مَعْرِفَةَ الْعَدَالَةِ الباطنة لَطَالَ الْأَمْرُ، وَشَقّ بخلاف الحكم حيث لا يجوز بشهادة المستورين؛ لأنه يسهل على الحاكم مراجعة المزكين، ومعرفة العدالة الباطنة ويعني بالمستورين: من يعرف بالعدالة ظاهراً لا باطناً، وربما قيل: المستور من يجهل حاله في الفسق والعدالة ويشبه ألا يكون بينهما اخْتِلاَفٌ، وأَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ من العبارة الثانية من يجهل حاله في الفسق والعدالة الباطنة دون العدالة الظاهرة، وذكر في «التَّهْذِيْبِ» أنه لا ينعقد النكاح بشهادة من لا يعرف عدالته ظاهراً، وهذا كَأَنَّهُ مصور فيمن لا يعرف إِسْلاَمَهُ، وإِلاَّ فَالظَّاهِرُ من حال الْمُسْلِمِ الاحتراز عن أسباب الْفِسْقِ[(٣)].

---

(١) سقط في ز.

(٢) في فتاوى الشيخ أبي عمر بن الصلاح أن محل الخلاف إذا كان العاقد غير الحاكم فإن كان الحاكم اشترط فيه العدالة الباطنة بلا خلاف لتيسرها عليه بخلاف الآحاد وتبعه النووي المصنف في نكت التنبيه لكن في التتمة أن الصحيح الانعقاد من الحاكم أيضاً وهو قضية كلام الروياني في نقله عن النص.

(٣) قال النووي: الحق، قول البغوي، وأن مراده من لا يعرف ظاهره بالعدالة، وقد صرح البغوي=

ولا ينعقد بمن لا يظهر إسلامه وحريته بأن يكون في موضع يختلط فيه المسلمونَ بالكُفَّارِ والأحرار بالأرقاء ولا غالب.

وعن الشَّيْخُ أبي مُحَمَّدٍ تردد جواب فيمن لا تظهر حُرِّيَّتُهُ ويكون مَسْتُورُ الْحَالِ حرية ورقاً، والظاهر الأول بل لا يكتفي بظاهر الحرية والإسلام بالدَّار، حَتَّى يعرف حاله فيهما باطناً، هذا ما يقتضيه كَلاَمُ صَاحِبِ «التَّهْذِيبِ» وغيره وفرقوا بأن الحرية يسهل الوقوف عليها بخلاف العدالة والفسق.

ولو أخبر عدل عن فسق المستور فهل يزيل إخباره الستر حتى لا ينعقد النكاح بحضوره، وإن زال فيجيء بإخباره نحو الروايات، أو يقول هو شهادة، فلا نعتبر إلاَّ قول من يجرح عند القاضي تردد فيهما الإمام رحمه الله[1].

الثَّانِيَةُ: لَوْ بَانَ كَوْنُ الشَّاهِدِ فاسقاً عند العقد فطريقان:

أحدهما: أنه يتبين بطلان النِّكَاحِ؛ لأنه بَانَ فوات شَرْطِ الْعَدَالَةِ فأشبه ما إذا كانا كَافِرَينِ أَو رَقِيقَينِ.

والثَّانِي: أنه على قَوْلَين: وَجْهُ الْمَنْعِ الاكْتِفَاءُ بِالسِّتْرِ يومئذٍ، وهما كالطريقين فيما إذا حكم الحاكم بشهادة شاهدين ثم بَانَا فاسقين. هل ينقض الحكم؟.

وَالأَصَحُ تبين البطلان، وإن أثبتنا الخلاف وإنما يتبين الفسق ببينة تقوم عليه، أو بتصادق الزوجين، وتوافقهما عليه ولا اعتبار بقول الشَّاهِدَيْنِ: كنا فاسقين يومئذٍ كما لا

= بهذا، وقاله شيخه القاضي حسين، ونقله إبراهيم المروذي عن القاضي ولم يذكر غيره. والله أعلم.

قال في المهمات ما قال النووي أنه الحق مردود لمخالفته النص المتقدم وأشار إلى قول الشافعي رضي الله عنه ولو حضر رجلان مسلمان العقد ولا يعرف حالهما من العدالة والفسق في الظاهر انعقد النكاح بهما لأن الظاهر من المسلمين العدالة ثم قال في المهمات وقوله إن البغوي صرح بأن مراده من لا يعرف ظاهره بالعدالة عجيب فقد حكاه عنه الرافعي وإنما توقف في مهم المراد منه. وحاصل كلام البغوي أنها أقسام من عرفت عدالته ظاهراً وباطناً بحكم الحاكم بها وهو واضح ومن عرفت ظاهراً بالمخالطة من غير حكم فينعقد معها النكاح على المعروف ومن لا يعرف ظاهراً ولا باطناً كمن علمنا إسلامه ولم يخالطه فينعقد به على الصواب المنصوص إلى آخره.

قال في التوسط لفظ التهذيب: وينعقد النكاح برجاله مستورين بالاتفاق والمستور من يكون عدلاً في الظاهر ولا يعرف عدالة باطنه بخلاف الحكم لا يجوز برجاله المستورين لأن الحكم يكون بالحاكم.

(١) قال النووي: لو ترافع الزوجان إلى حاكم، وأقر بنكاح عقد بمستورين، واختصما في حق زوجته، كنفقة ونحوها، حكم بينهما، ولا ينظر في حال الشاهدين إلاَّ أن يعلم فسقهما فلا يحكم. فإن جحد أحدهما النكاح، فأقام المدعي مستورين، لم يحكم بصحته ولا فساده، بل يتوقف حتى يعلم باطنهما، ذكره الشيخ أبو حامد وغيره. والله أعلم.

اعتبار بقولهما كنا فَاسِقَيْنِ بعد الحكم بشهادتهما، وهكذا لو تقارّبا الزَّوْجَانِ على وُقُوعِ الْعَقْدِ في حالة الإِحرام أو العدة أو الردة تبين بطلان العقد وَلاَ مَهْرَ إلا إذا كان بعد الدُّخُولِ، فيجب مَهْرُ الْمِثْلِ[1].

ولو نكحها يوماً ملك عليها ثلاث طلقات، ولو اعترف الزَّوْجُ بشيء من ذلك، وأنكرت الْمَرْأَةُ لم يقبل قوله عليها في المهر، حَتَّى يجب نصف المسمى إن كان قبل الدخول وتمامه إن كان بعد الدخول ويفرق بينهما بقوله: وكيف سَبِيلُ هَذَا التَّفْرِيقِ؟ ذَكَرَ أَصْحَابُ الْقَفَّالِ أنه طَلْقَةٌ بَائِنَةٌ حَتَّى لَوْ نكحها يوماً عادت إليه بطلقتين.

قالوا: وَهَذَا مَأْخُوذٌ مِنْ نَصِّ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فيما لو نكح أَمَةً، ثم قال: نكحتها وأنا واجد طول الحرة أنها تَبين منه بطلقة، واحتج له بأنها فرقة [غير][2] متأبدة حصلت بقول الزَّوْجِ من غير بَدَلٍ، وَلاَ عَيْبٍ، فكانت كما لو صرح بِالطَّلاَقِ والاحتراز بغير المتأبد عن فرقة الرَّضَاعِ، وبغير بَدَلٍ عَنِ الخُلعِ وَعَنِ الشَّيْخِ أبي حَامِدٍ، والعراقيين: أنها فرقة فسخ لا ينتقص بها عدد الطلاق كما لو أَقَرَّ الزَّوْجُ بِالرَّضَاعِ؛ لأنه لم ينشىء طلاقاً، ولا أقر به وإلى هذا مَالَ الإِمام، وصاحب «الكتاب» رحمهما الله، وإن لم ينقلاه، وهؤلاء أنكروا نَصَّهُ في مَسْأَلَةِ نِكَاحِ الأَمَةِ ولإنكارهم وجه ظاهر، وَذَلِكَ أنه قال في «عيون المسائل»: إذا نكح الأَمَةَ، ثُمَّ قال: نكحتها وأنا أجد طولاً لحرة فصدقه

---

(١) قال في الخادم ما ذكره فيما إذا اعترفا بوقوعه في العدة من وجوب مهر المثل بعد الدخول عجيب فإن مهر المثل إنما يجب إذا كانت الشبهة قائمة كالنكاح في الإِحرام، أما لو كان في العدة ثم وطىء مع علمهما بالحكم فهي زانية ولا مهر لها. انتهى وقد يجاب بأن قول المصنف محمول على ما لو لم يعلما بأنها في العدة وإلا فيجب مهر المثل ويستثنى من إطلاقه ما لو وقع الدخول حال العلم بأن العدة لم تنقض حال صدور النكاح فلا مهر لها لأنها زانية لكان حسناً وقال صاحب الخادم أيضاً إطلاقه ارتفاع النكاح بتصادقهما يقتضي أنه لا فرق فيه بين ما يتعلق بحقهما وحق الله حق لا سيما قوله فإنه يقتضي أنه لا يحتاج إلى محلل لكن قال في الكافي محل تبين البطلان باعترافهما إنما هو فيما يتعلق بحقهما أما حق الله تعالى بأن طلقها ثلاثاً ثم توافقا على فساد العقد بهذا السبب أو بغيره فلا يجوز أن يوقعا نكاحاً إلا بمحلل قال ولو أرادا إقامة بينة على ذلك لم يسمع قولهما ولا بينتهما. انتهى.

قال الأذرعي بعد نقله فقد قال القفال هو في الحكم الظاهر وأما في الباطن فالنظر إلى ما في نفس الأمر وأما سماع البينة فهو جار على طريقة البغوي وسبق التنبيه على ذلك في باب المرابحة وغيره ويلحق بتقادر الزوجين علم القاضي به على المذهب. قال في القوت قال ابن الرفعة قبول قولهما يطرد في الزوج والزوجة الرشيدة فلو كانت سفيهة ففائدة إقرارها إنما هو في سقوط المهر إذا كان قبل الدخول أو الرجوع إلى مهر المثل إن كان بعده وإقرارها في إبطال ما ثبت لها من المال لا يسمع. انتهى.

(٢) سقط في ز.

مولاها فسخ النكاح بلا مهر، فَإِنْ كان أَصَابَ فعليه مَهْرُ، مِثلها وإن كذبه فسخ النكاح بإقراره، ولم يصدَّق على الْمَهْرِ دَخَلَ أو لم يدخل. هَذَا لَفْظُهُ في «العيون» وإنه يوافق ما ذهب إليه العراقيون[1] لا ما ذهب إليه الأولون ولك أن تَبْنِي الْمَذْهَبِيْنِ عَلَى وجهين ذكرناهما فيما إذا جرى بينهما بيع، ثم ادَّعَى أحدهما اقتران مفسد به فإن صدقنا من يدعي الفَسَادَ لم نجعل هذه الفرقة طلاقاً، وإلاَّ جعلناها طلاقاً؛ لأن ظاهر النكاح الجاري الصحة فيوفر عليه حكم الصحيح، وهذا يقتضي جريان الخلاف فيما إذا ادَّعَى الرَّضَاعَ، وَأَنْكَرَتِ الْمَرْأَةُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الثَّالِثَةُ: استنابة المستورين قبل العقد احتياطاً واستظهاراً وتوبة المعلن بالفسق حِينَئِذٍ هل نلحقه بالمستور؟ فيه تردد للشيخ أبي مُحَمَّدٍ ـ رحمه الله ـ والأظهر المنع؛ لأنها تصدر عن عادة لا عن عزم مُحَقَّقٍ فإن حكمنا بأنه كالمستور. قال الإِمَامُ: فلو عادوا إلى فجورهم على القرب فالظاهر أَنَّ تلك التَّوْبَةَ تصير ساقطة الأَثَرِ، وفيه احْتِمَالٌ.

الرَّابِعَةُ: الاحتياط الإِشهاد على رِضَى الْمَرْأَةِ حَيْثُ يعتبر رضاها لكنه ليس بشرط في صحة النِّكاحِ[2]، وإنه ليس من نفس النِّكَاحِ، وَإِنَّمَا هو شرط. ولنعد إلى لفظ الكتاب.

---

(١) قال النووي: في زوائده: الأصح أو الصحيح، قول العراقيين. وحكى العراقيون وجهاً: أنه يقبل قوله في المهر، فلا يلزمه. وعلى هذا قالوا: إن كان اعترافه قبل الدخول، فلا شيء عليه. وإن كان بعده، فعليه أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل، ولا خلاف أنها إذا ماتت لا يرثها. وإن مات قبلها، فإن قلنا: القول قوله ولم يكن حلف، فيحلف وارثه: لا يعلمه تزوجها بشهادة عدلين، ولا إرث إن قلنا: القول قولها، حلفت أنه عقد بعدلين وورثت.

ولو قالت: عقدنا بفاسقين، فقال: بل بعدلين. فأيهما يقبل؟ وجهان الأصح: قوله. فإن مات، لم ترثه، وإن مات أو طلقها قبل الدخول، فلا مهر لإنكارها، وبعد الدخول لها أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل والله أعلم.

قال الشيخ البلقيني فيه سهو في مواضع نشأت من شيء واحد هو أعتق ذلك الخلاف في أن القول قوله أم قولها في بقاء العقد ورفعه وهذا فيه خلافاً بل الحكم فيه القطع بارتفاع النكاح بمجرد هذه الدعوى الصادرة من الزوج بخلاف في أن القول قولها أم قوله في المهر وحينئذٍ فقوله فيحلف وارثه إلى قوله ولا إرث ففي الإرث يحلف الوارث فيه سهو في موضعين أحدهما يوقف نفي الإرث على حلف الوارث والإرث ينتفي بغير ذلك الثاني ينتفي بحلف الوارث إنما هو المهر فلا شيء لها إن كان قبل الدخول وإلا فلها أقل الأمرين على ما عليه بفرع، وقوله وإن قلنا القول قولها حلف أنه عقد بعد أن ورثت إثبات الإرث يحلفها غلط فالذي يثبت بحلفها إنما هو كل المسمى إن كان بعد الدخول ونصفه إن كان قبله.

(٢) قال النووي: ومن مسائل الفصل، أنه لا يشترط إحضار الشاهدين، بل إذا حضرا بأنفسهما، وسمعا الإيجاب والقبول، صح وإن لم يسمعا الصداق. ولو عقد بشهادة خنثيين، ثم بانا رجلين، =

قوله: «الشهود» علم بالميم لما حكيناه من مذهبه أنه لا يعتبر حضور الشهود، وكذا قوله: «ولا ينعقد» ولفظ «العدلين» و «المسلمين» معلمان بالحاء، ولفظ «البصيرين» بالواو ولفظ «الذكرين» بالحاء والألف.

وقوله: ليسا «بِعَدُوَّيْن» إلى آخره تفسيراً لقوله «مقبولي الشَّهَادَةِ للزوجين، وعليهما» وهذا اخْتِيَارٌ منه للوجه الثاني من الوجوه المذكورة في مَسْأَلَةِ العدوين وهو اختلاف اختيار الْأَكْثَرِينَ، أَمَّا العراقيون فإنهم اختاروا الْوَجْهُ الثَّالِثَ واكتفوا بمكان الإِثبات بشهادتهما في الجملة.

وأما صاحب «التَّهْذِيبِ» فإنه رجح الْوَجْهَ الأَوَّلَ على ما قَدَّمْنَا وَهُوَ الْمَنْصُوصُ عليه في «الأُمِّ» فليعلم قوله: «مقبول الشهادة للزوجين وعليهما».

وقوله: «ولا أبوين لهما» محمول على أبي الزَّوْجِ وجد الزوجة، أَمَّا أبوها فَهُوَ وَلِيٌّ، فلا يكون شاهداً كما مَرّ.

وقوله: «ويكفي حضور مستوري الْعَدَالَةِ» معلم بالواو وكذا قوله: «دون مستوري الرق» التردد المنقول عن الشَّيْخ أبي مُحَمَّدٍ، وكان الأَلْيَقُ أنْ يَقُولَ: «دون مستوري الحرية» كما قال: «مَسْتُورِي الْعَدَالَةِ لاَ مَسْتُورِي الْفِسْقِ».

وقوله: «على قول» يجوز إِعْلاَمُهُ بالواو للطريقة النَّافية للخلاف وقوله: «إنما يتبين بحُجَّةٍ أو تَذَكُّر» أَشَارَ بلفظ التَّذَكُّر إِلَى ما ذَكَرَ الإِمَامُ أن صورة الخلاف في تقارب الزَّوْجَيْنِ أما إذا قالا: لم نعرف عين الشَّاهِدَينِ عند العقد فلما عرفناهما عرفنا أنهما كَانَا فَاسِقَيْنِ وَفِي مَعْنَى هذا أن يكونا ناسيين لفسقهما عند الْعَقْدِ، ثم يذكرا، فَأَمَّا إِذَا قَالاَ: كُنَّا عَالِمِينَ بِفِسْقِهِمَا حينئذٍ فنقطع تبيين البطلان، لأنهما لم يكونا مستوري الحال عند الزوجين، وعليهما التَّعْوِيلُ في التَّحْرِيم والتحليل، وكذا لو اعترفا بعلم أَحَدِهِمَا حِينَئِذٍ، وعلى هذا ينزل قوله في الكتاب: «وَإِذَا عَرَفَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ فسقه عند العقد لم ينعقد».

وقوله: «بانت» يعني بينونة طلاق على ما أفصح به في «الْوَسِيْطِ» فيجوز أنْ يعلمَ بالواو للوجه الآخر واللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الرُّكْنُ الرَّابِعُ: العَاقِدُ) وَهُوَ الوَلِيّ وَالزَّوْجُ إِذْ لاَ عِبَارَةَ لَهَا فِي شِقَّيْ عَقْدِ النِّكَاحِ وَكَالَةً وَوِلاَيَةً وَاسْتِقْلاَلاً مِنْ كُفْءٍ وَغَيْرِ كُفْءٍ، دَنِيئَةً كَانَتْ أَوْ شَرِيفَةً، وَإِقْرَارُ البَالِغَةِ مَقْبُولٌ (وم) فِي الجَدِيدِ إِنْ أَضَافَتِ التَّزْوِيجَ إِلَى الوَلِيِّ وَصَدَّقَهَا، فَإِنْ لَمْ تُضِفْ إِلَيْهِ

= قال القاضي أبو الفتوح: احتمل أن يكون في انعقاده وجهان بناءً على ما لو صلّى رجل خلفه فبان رجلاً. هذا كلامه. والانعقاد هنا هو الأصح، لأن عدم جزم النية يؤثر في الصلاة. والله أعلم.

وَكَذَّبَهَا فَفِيهِ خِلاَفٌ (و)، وَإِنْ كَانَ الوَلِيُّ غَائِباً سُلِّمَتْ فِي الحَالِ إِلَى الزَّوْجِ لِلضَّرُورَةِ، وَإِقْرَارُ الوَلِيِّ المُجْبِرِ نَافِذٌ إِذَا أَقَرَّ فِي حَالِ القُدْرَةِ عَلَى الإِجْبَارِ، وَيَجِبُ المَهْرُ بِالوَطْءِ فِي النِّكَاحِ بِلاَ وَلِيٍّ، وَلاَ حَدَّ لِلشُّبْهَةِ (و)، وَلاَ يُنْقَضُ قَضَاءُ الحَنَفِيِّ بِصِحَّةِ هَذَا النِّكَاحِ.

القول في الركن الرابع

قال الرَّافِعِيُّ: لَفْظُ الْعَاقِدِ ينظم الموجب والقابل والقابل هو الزَّوجُ، أَو مَنْ يَتُوبُ عنه. والموجب هو الولي، أو وَكِيلُهُ ولا تَصِحُّ عِبَارَةُ الْمَرْأَةِ فِي النِّكَاحِ إِيجاباً وَقبُولاً، فلا تزوج نفسه بإذن الْوَلِيِّ ودون إذنه ولا غيرها لا بوكالة، ولا بولايةٍ ولا تقبل النِّكَاحَ لا بولاية، ولا بوكالة، ولا فَرْقَ بَيْنَ أن تزوج نفسها من كفء، أو غير كفء، ولا بين الشَّرِيفَةِ والدَّنِيَّةِ[1].

وقال أَبُو حَنِيْفَةَ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ـ: تزوج البالغة العاقلة الحرة نفسها وابنتها الصغيرة وتتوكل عن الغير لكن لو وضعت نفسها تحت من لا يكافئها فلأوليائها الاعْتِرَاضُ.

---

(١) اتفق الفقهاء على أن الأنثى إذا كانت صغيرة أو مجنونة أو أمة لا يصح لها أن تباشر عقد النكاح؛ لأنهم اتفقوا على أن الولي شرط في صحة نكاحهن.

واختلف الفقهاء في الحرة البالغة العاقلة، هل لها أن تباشر عقد النكاح لنفسها ولغيرها أو لا.

فمنهم من منع المرأة من مباشرة النكاح مطلقاً، بكراً كانت أو ثيباً، شريفة أو دنيئة، أذن لها الولي أو لم يأذن، فإن وقع وباشرت العقد فهو فاسد بفسخ مطلقاً قبل الدخول وبعده، ولو طال الزمن وولدت الأولاد. وهذا مذهب جمهور الفقهاء منهم الأئمة الثلاثة مالك. والشافعي. وأحمد. وكثير من الصحابة والتابعين منهم عمر بن الخطاب. وابن مسعود. وابن عباس. وأبو هريرة. وعائشة وسعيد بن المسيب. والحسن. وعمر بن عبد العزيز. والثوري. وابن أبي ليلى. وابن شبرمة وابن المبارك. وذلك لأن الولي عندهم شرط في صحة نكاح الأنثى مطلقاً.

ومنهم من يرى أن للحرة البالغة العاقلة أن تباشر عقد نكاحها بكراً كانت أو ثيباً، وإلى هذا ذهب أبو حنيفة. وأبو يوسف. وزفر في ظاهر الرواية، إلا أنهم قالوا: لو تزوجت بغير كفء، فللولي حق الاعتراض رعاية للمصلحة، ووقعاً للعار ما لم تلد، أو تحبل حبلاً ظاهراً.

منهم من فرق بين أن تزوج نفسها لكفء أو لغيره فقالوا: إن زوجت نفسها لكفء صح نكاحها وإلا فسد. وإلى هذا ذهب الشعبي والزهري، وروي عن أبي حنيفة أبي يوسف إلا أن نقل رجوعهما عنه إلى ظاهر الرواية.

منهم من يرى صحة النكاح موقوفاً على إجازة الولي، فإن أجازه نفذ، وإلا بطل، وإليه ذهب محمد ابن الحسن، وقال: إن امتنع الولي عن الإجازة في الكفء بَدّد القاضي العقد ولا يلتفت إليه.

منهم من فرق بين نكاحها بإذن الولي، ونكاحها بغير إذن، فقال: إذا أذن لها الولي صح نكاحها، =

. . . .

= وإن لم يأذن لها؛ فلا يصح، وإليه ذهب أبو ثور.

منهم من فرق بين البكر والثيب، فصحح نكاح الثيب، وأبطل نكاح البكر، وإلى هذا ذهب داود الظاهري.

ومنشأ الخلاف بينهم أنه وردت أدلة من القرآن، والسنّة، وقد فهم فيها كل فريق ما فهمه، وأخذ الحكم منها حسب ما وصل إليه اجتهادهم، وسأذكر ما تمسك به كل فريق من الأدلة وأوجه دلالتها، ثم أناقش الأدلة لأتوصل بذلك إلى بيان المذهب الراجح حسب قوة دليله.

استدل أبو حنيفة ومن وافقه بالمنقول والمعقول.

أما المنقول: فمن الكتاب قول الله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ وقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾ وقوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فعلن فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ ووجه الدلالة من هذه الآيات: أن الله سبحانه وتعالى أسند النكاح في الآية الأولى والثانية إلى المرأة، والأصل في الإسناد أن يكون إلى الفاعل الحقيقي، فدل ذلك على صحة النكاح عند مباشرتها العقد بنفسها من غير مباشرة الولي أو إذنه وأما في الآية الثالثة، فإن قوله تعالى: ﴿فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ﴾ صريح في أنها هي التي تفعل في نفسها ما تشاء، ومن ذلك أن تباشر عقد نكاحها.

وأما السنّة: ـ فأولاً: ما رواه الجماعة ـ إلا البخاري ـ عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِن وَلِيِّهَا وَالْبِكْرُ تَسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا وصِمَاتِها إِقْرَارُهَا» وفي لفظ مسلم «وَإِذْنُهَا صمَاتُها» وفي لفظ آخر «الْبِكْرُ تَسْتَأْمَرُ وَإِذْنَهَا سُكُوتُها».

ووجه الدلالة في هذا الحديث أن النبي ﷺ شارك بينها وبين الولي، ثم قدمها عليه بقوله: «أَحَقُّ بِنَفْسِهَا» وقد صح العقد من الولي فصحة منها أولى، هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإن الحديث برواياته يدل صراحة على توقف العقد على رضا المرأة، وليس من المعقول، ولا من المعهود شرعاً أن يقيد رضا شخص في صحة تصرف، ثم يحكم عليه بالفساد إذا باشره بنفسه.

وثانياً: ما ورد في تزوجه ﷺ أم سَلَمة لما بعث إليها يخطبها قالت: «لَيْسَ أَحَدٌ مِن أَوْلِيَائي شَاهِدًا» فقال عليه الصلاة والسلام: «لَيْسَ أَحَدُ مِنْ أَوْلِيَائِكِ شَاهِدٌ ولا غَائِبٌ يَكْرَهُ ذَلِكَ» ووجه الدلالة من هذا الحديث أنه لم يحضر أحد من أولياء أم سلمة هذا العقد، وهي التي باشرته بنفسها، فدل ذلك على صحة النكاح بمباشرة المرأة العقد، وهو يدل من جهة أخرى على أنه ليس للأولياء حق الاعتراض؛ إذا كان الزوج كفئاً.

وأما المعقول: فقد قالوا فيه: إن المرأة عند مباشرتها العقد بنفسها؛ إنما تصرفت في خالص حقها، وهي من أهل التصرف؛ إذ إنها بالغة عاقلة ولهذا كان لها التصرف في المال، ولها اختيار الأزواج بالاتفاق، وكل تصرف هذا شأنه فهو صحيح، وإنما يطلب الولي بالتزويج كيلا تنسب المرأة إلى الوقاحة.

وقد نوقشت أدلة الحنفية بما يأتي.

فقد قيل لهم في الآيات التي أضيف فيها النكاح إلى المرأة. أن الإضافة فيها على طريق الإسناد المجازي والعلاقة المحلية، وأيضاً فإن لا يكون نصاً في جواز مباشرتها العقد بنفسها، وإنما هو نص في تحصيل العقد لكن بمباشرة من؟ هذا مسكوت عنه، وقد بينت السنّة أنه لا يصح للمرأة=

. . . .

= أن تباشر النكاح وأنها إذا باشرته كان فاسداً كما في حديث عائشة ـ رضي الله عنها ـ حيث روت أن النبي ﷺ قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ بَاطِلٌ بَاطِلٌ» الحديث.

وأما قوله تعالى: ﴿فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ﴾ فسياق الآية يقتضي بأن هذا في غير النكاح إذ الآية قبلها في عِدة الوفاة، والمرأة فيها ممنوعة من الزينة والخروج، مأمورة بالإحداد، فرفع الله عنها هذه القيود التي التزمتها في العدة بقوله: ﴿فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ﴾.

ويقال لهم في الحديث الأول أنه يحتمل أن تكون أحق من وليها في الإذن والعقد، ويحتمل أن تكون أحق منه في الإذن والرضا؛ بأن لا تزوج حتى تنطق بالإذن، بخلاف البكر. والمراد هنا الاحتمال الثاني، وهو أنه لا يعقد عليها إلا بإذنها ورضاها، ومما يؤيد أن المراد الاحتمال الثاني قوله ﷺ: «لاَ نِكَاحَ إِلاَّ بِوَلِي» مَع غيره من الأحاديث الدالة على اشتراط الولي.

ويقال لهم في حديث أُم سَلَمة أنه محمولٌ على الخصوصية فقد عهد اختصاص النبي ﷺ في باب النكاح بأمور كثيرة إذ إننا إنما نحتاج للولي لرعاية المصلحة إذ إن المرأة لنقصان عَقلها قد تُخدَع، والنبي ﷺ خير زوجٍ فلا يصح لإنسان أن ينظرُ بعْدَ نَظرِه.

وأما المعقول: فيقال لهم فيه لا نسلم أنها عند مباشرتها العقدَ؛ تكون قد تصرفت في خالص حقها، بل تصرفت في أمر تعلق به حق الأولياء، وما من شك في أنَّ مشروعية النكاح على الأصالة إنما هي بناءُ الأسر؛ والمحافظة على الأعراض التي لا يصونها إلا وَلي خاص يُؤمَنُ على العِرض من تلويثه.

واستدل الشعبي والزهري بقول النبي ﷺ لأم سَلَمة «لَيْسَ أَحدٌ مِن أَوْلِيَائِكِ شَاهِدٌ وَلاَ غَائِبٌ يَكْرَهُ ذَلِكَ» جواباً لقولها «لَيسَ أَحَدٌ مِن أَوْلِيَائِي شَاهِداً». فإنه يدل على صحة العقد من المرأة، حيث لا يكون هناك موجب لكراهة الأولياء، بأن توفرت الكفاءة، ويدل بمفهومه على خلاف هذا ويقال للشعبي والزهري في استدلالهما بهذا الحديث ما قلناه فيه عند مناقشة أدلة الحنفية واستدل محمد ابن الحسن بما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «أَيُّمَا امرأةٌ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ».

ووجه الدلالة من هذا الحديث أنه يدل بمنطوقه على أن المرأة إذا نُكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، ويدل بمفهومه على أنها إذا نكحت نفسها بإذن وليها فنكاحها صحيح. ويقول: إن الإذن أعم من أن يكون سابقاً أو لاحِقاً.

ويقال له في استدلاله بهذا الحديث أنه استدلال بالمفهوم، وأنت لا تقول به. واستدل أبو ثور على أن الشرط هو إذن الولي بنفس حديث عائشة الذي استدل به محمد بن الحسن.

ووجه الدلالة فيه أنه صريح في أن نكاحَ المرأةِ نفسها إنَّما يكون باطلاً إذا كان بغير إذن الولي، ومفهومه أنها لو نكحت نفسها بإذن وَلِيها صح نكاحها، ويرد هذا بأن استدلال بالمفهوم، والمفهوم إنما يستدل به إذا لم يخرج الكلام مخرج الغالب، وهنا كذلك.

واستدل داود الظاهري، ومن وافقه بحديث «الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِن وَلِيِّهَا»، ووجه الدلالة فيه أنه صريح في أن الثيب أحق بنفسها من وليها ومن ذلك أن تباشر عقد نكاحها.

ويرد هذا بأن النبي ﷺ أثبت لها حقاً، ومعناه أنها أحق بنفسها في أن لا يعقدَ عليها الولي إلا برضاها، لأنها أحق بنفسها في أن تعقد على نفسها، على أن داود ـ كما قال النووي ـ قد ناقض=

. . . .

= مذهبه في شرط الولي في البكر دون الثيب؛ لأنه إحداث قول في مسألة مختلف فيها، ولم يسبق إليه، ومذهبه أنه لا يجوز إحداث مثل هذا.

وأما الجمهور فقد استدلوا بالكتاب والسنّة والمعقول: .

أما الكتاب فقول الله تبارك وتعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَلاَ تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾ وقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾.

ووجه الدلالة في الآية الأولى: أن النهي موجه إلى الأولياء عن منعهن عن نكاح من يخترن من الأزواج، ولا يتحقق المنع إلا مِمَّن في يده الممنوع، فدل ذلك على أن عقد النكاح في يد الولي لا في يد المرأة، وعليه فلا يصح منها لو باشرته بنفسها، ويؤيد هذا ما روي في سبب النزول من أن معقل بن يسار كانت له أخت تحت أبي البرّاح فطلقها، وتركها حتى انقضت عدتها، ثم ندم على فراقها فخطبها فرضيت به، وأبى أخوها أن يزوجها، وقال: وجهي من وجهك حرام أن تزوجتيه فنزلت الآية. فدعا رسول الله ﷺ معقلاً وقال له: إن كنت مؤمناً فلا تمنع أختك عن أبي البراح، فقال آمنت بالله، وزوجتها منه، فلو كان لها أن تباشر النكاح بدون وليها؛ لزوجت نفسها، ولم تحتج إلى وليها معقل ـ وعلى هذا يبعد أن يكون النهي في الآية للأزواج كما قيل.

ومما يقوي القول بأن النهي في الآية للأولياء ما روي عن ابن عباس. أنه قال: نزلت هذه الآية في الرجل يطلّق امرأته طلقة أو طلقتين، فتنقضي عدتها، ثم يبدو له أن يتزوجها وأن يراجعها، وتريد المرأة ذلك، فيمنعها أولياؤها من ذلك، فنهى الله أن يمنعوها.

ووجه الدلالة في الآية الثانية والثالثة. أن الخطاب موجه فيهما إلى الأولياء فدل ذلك على أن الزواج إليهم لا إلى النساء.

وأما السنّة: ـ فأولاً ما رواه ابن ماجة والدارقطني والبيهقي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لاَ تُزَوِّجُ المرْأَةُ المرْأَةَ وَلاَ تُزَوِّجُ المرأةُ نَفْسَها فإنَّ الزَّانِيَةَ هِي الَّتِي تُزَوِّجُ نَفْسَهَا».

ووجه الدلالة من هذا الحديث «أن النبي عليه الصلاة والسلام. نهى المرأة عن أن تزوج نفسها فدل ذلك على فساد نكاحها لأن النهي إذا رجع إلى ذات الفعل يدل على الفساد ويؤيده قوله في آخر الحديث فَإِنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِي تُزَوِّجُ نَفْسَهَا».

وثانياً: بما روى أحمد وأصحاب السنن ـ إلا النسائي ـ عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «لاَ نِكَاحَ إلاَّ بِوَلِي» صححه ابن حبان، والحاكم وذكر له الحاكم طرقاً، وقال: قد صحت الرواية فيه عن أزواج النبي ﷺ عائشة، وأم سلمة، وزينب بنت جحش، ثم سرد تمام ثلاثين صحابياً.

وهذا الحديث صريح في أن النكاح لا يصح بدون الولي.

وثالثاً: بما روى الخمسة ـ إلا النسائي ـ عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِدُونِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ بَاطِلٌ بَاطِلٌ فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا المهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا فَإِنْ تَشَاجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِي مَن لاَ وَلِي لَهُ».

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي ﷺ حكم على نكاحها نفسها بدون إذن وليها بالبطلان، وكرر ذلك ثلاثاً لتأكيد بطلانه، فهو قاض باشتراط الولي في صحة النكاح. =

. . . .

= وأما المعقول: فقد قالوا: إن النكاح له مقاصد شتى وهو رباط بين الأسر والمرأة لا تحسن الاختيار لقلة ما لديها من الاختيار، لا سيما أنها تخضع لحكم العاطفة التي تطغى عليها جهة المصلحة، فتحصيلاً لهذه المقاصد على الوجه الأكمل قلنا بمنعها من مباشرة العقد.

وقد نوقشت أدلة الجمهورة بما يأتي.

فقد قيل لهم في الآية الأولى إن معنى النهي فيها التحذير عن مَنْعِهِنَّ من مباشرة العقد بأنفسهن، فَدَلَّ ذلك على صحته منهن استقلالاً، وإلا لم يكن للتحذير معنى. على أننا لا نسلم أن النهي للأولياء، بل هو للأزواج بدليل صدر الآية، إذ يقول اللّهُ تَعَالَى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضِلُوهُنَّ﴾ فقوله: «فَلاَ تَعْضِلُوهُنَّ» إنما هو خطاب لمن طلق لا للأولياء، حتى لا تخيل النَّظْمُ الْكَرِيمُ، وإذا كان كذلك. كان معناه لا تعضلوهن أيها الأزواج، أي: لا تمنعوهن حساً بعد انقضاء العدة أن يتزوجن أوْلاً تمنعوهن بإطالة العدة عليهن كما قال في آية أخرى: ﴿وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِراراً لِتَعْتَدُوا﴾.

وترد هذه المناقشة بما ورد في سبب النزول، من أن العاضل هو معقل، وهو ولي لا زوج، وليس في لك ما يخل بالنَّظْم الْكَرِيمِ؛ لأن محل ذلك إذا خفي المراد وحصل الاشتباه، أَمَّا إذا ظهر المراد، ولم يكن هناك اشتباه، فلا بأس من تفكيك الضمائر، وقد عهد في القرآن الكريم تحويل الخطاب، ولو كان منعه يدل على صحة النكاح بمباشرتها كما قيل؛ لأَبَاحَ لها النبي - ﷺ - أَنْ تباشر النكاح بنفسها، ولما قال لمعقل إن كنت مؤمناً فزوجها.

على أن يحتمل أن يكون الخطاب في صدر الآية للأولياء،ويكون معنى إسناد الطلاق إليهم أنهم سبب له لكونهم الزوجين للنساء المطلاقات من الأزواج، وعلى هذا الاختلال في النظم الكريم.

ويقال لهم في الآية الثانية والثالثة: إنه يحتمل أن يكون الخطاب فيهما لعامة المؤمنين، لا لخصوص الأولياء، وإلا لأمرهم بمباشرة عَقْدِ الزواج، فيكون من باب التشريع العام للمسلمين بأن يكون المراد بالإنكاح ما يشمل العقد، وتسهيل، والحث عليه، والتعاون فيه بإعطاء المال، واختيار الْكُفءِ، وغير ذلك. على أن المقصود من الآية الثانية هو اشتراط إيمان الزوج إذا كانت الزوجة مؤمنة.

ويجاب عن هذه المناقشة بأننا لا نسلم أَنَّ الخطاب يحتمل أن يكون لعامة المسلمين، بل هو للأولياء، ومما يرجح كونه للأولياء قوله ﷺ: «إِذَا جَاءَكُمْ مَنْ تَرْضَونَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ فَزَوِّجُوهُ» إذ إن المعروف أن من أراد أن يخطب امرأة يأتي وليها فقط.

وأما الأحاديث التي تمسك بها الجمهور، فقد نوقشت بما يأتي.

أما الحديث الأول، فقد قيل لهم فيه: إن ابنَ كَثِيرٍ قال فيه الصحيح، وقفه على أبي هريرة وعلى تسليم رفعه فغايته التنفير من استبداد المرأة بنفسها في النِّكَاحِ، وترد هذه المناقشة بأننا لا نسلم أن الحديث غير مرفوع، بل هو مرفوع، وقد حكي رفعه يَحْيَى بنُ مُعِينٍ، وليس المراد منه التنفير كما قيل؛ لأن النهي ظاهر في عدم الصحة.

وقيل لهم في الحديث الثاني إنه حديث ضعيف مضطرب في إسناده فقد رُوِيَ موصولاً ومنقطعاً ومرسلاً، فلا تقوم به حجة على أصلكم. وعلى تسليم صحة الاحتجاج به بناءً على تقديم الوصل على الانقطاع عند التعارض. فغايته أنه حسن، وهو لا يعارض الحديث الصحيح، وهو حديث=

. . . .

= «الأَيِّمُ أَحَقّ بِنَفْسِهَا».

وترد هذه المناقشة، بأن ابن حِبَّانَ والحاكم صححاه، وذكر له الحاكم طُرُقاً، وقال: صَحَّتْ فيه الرواية عن أزواج ـ النبي ـ ﷺ ـ عائشة. وأم سلمة. وزينب بنت جحش ثم ذكر تمام ثلاثين صحابياً، وقد قال المروزي سألت أحمد ويحيى عن حديث «لا نَكَاحَ إِلاَّ بِوَلِيٍّ» فقالا صحيح، ولا نسلم معارضته لحديث «الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا» وذلك لما قلناه في معناه من أن المراد أنها أحق بنفسها في أن لا يعقد عليها الولي إلا برضاها، لأنها أحق بنفسها في أن تعقد على نفسها بدون وليها.

ويقال لهم في الحديث الثالث ما يأتي.

أولاً: إن هذا الحديث رُوِيَ من جملة طرق مدارها على ابْنِ شِهَابٍ الزُّهْرِيِّ، فبعضها من رواية ابنِ جُرَيجٍ، وبعضها من رواية الحجاج بن أرطاه، وبعضها من رواية ابن لهيعة، وابن لهيعة معروف، والحجاج ضعيف، ولم يثبت سماعه من الزهري فهو موقوف، وأما رواية ابن جريج، فقد أخبر ابن علية أن ابن جريج قال لقيت الزُّهْرِيَّ فسألته عنه فأنكره.

ثانياً: إن هذا الحديث رُوِيَ عن عائشة، وقد زَوَّجَتْ حفصة بنت عبد الرحمن، وقد كان غائباً.

ثالثاً: إنه يخالف مذهب الجمهور، فإن مفهومه وهم يحتجون بالمفهوم بدل على صحة النكاح إذا باشرته المرأة بإذن وليها.

يجاب عن المناقشة الأولى بأن المخالف يحتج برواية كل من ابن لهيعة والحجاج، فكيف لا يحتج بها عند الاجتماع وأما رواية ابن جريج إنكار الزهري لرواية سليمان بن موسى، فقد ضَعَّفَهَا ابنُ مُعِينٍ، فقد أخرج عنه البيهقي من طرق منها أن جعفر الطيالسي قال: سمعت ابنِ مُعِينٍ يوهن رواية ابنِ علية عن ابن جريج أنه أنكر معرفة حديث سليمان بن موسى، وقال: لم يذكره عن ابن جريج غير ابن علية، وإنما سمع ابن علية من ابن جريج سماعاً ليس بذاك.

ولو ثبت هذا عن الزهري لم يكن في ذلك حجة؛ لأنه قد نقله عنه ثِقَاتٍ منهم سليمان بن موسى، وهو إمام ثقة، وجعفر بن ربيعة، فلو نسبه الزهري لم يضره ذلك فإن من حفظ حجة على من نسي. فإذا رَوَى الحديث ثقة، فلا يضره نسيان من نسيه.

ويجاب عن المناقشة الثانية بما قاله الْبَيْهَقِيُّ. ونحن نحمل قوله: زوجت، أي: مهدت أسباب التزويج، وأضيف النكاح إليها لاختيارها ذلك، وإذنها فيه ثم أشارت على من ولي أمرها عند غيبة أبيها، حتى عقد النكاح، ويؤيد هذا ما رَوَاهُ ابنُ جريج عن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر عن أبيه عن عائشة أنها نكحت رجلاً هو المنذر بن الزبير امرأة من بني أخيها، فضربت بينهم بستر ثم تكلمت، حتى إذا لم يبق إلا العقد أمرت رجلاً فأنكح، ثم قالت فإنَّ المرأة لا تلي عقد النكاح، فالوجه أن عائشة قررت المهر وأحوال النكاح، وتولى العقد أحد عصبتها، ونسب العقد إليها لما كان تقريره إليها.

ويجاب عن المناقشة الثالثة: ـ بأن المفهوم هنا معطل، لأن الكلام خرج مخرج الغالب.

وأما المعقول فقد قيل لهم فيه. إن تحصيل المقاصد المذكورة لا يتوقف على مباشرة الولي العقد بنفسه، بل يكفي أن يأذن لها، وليباشر العقد بعد ذلك من يباشره.

وترد هذه المناقشة بأن مباشرة المرأة للعقد تتنافى، ومحاسن الشريعة الإسلامية وآدابها، فإن المرأة تنسب إلى الوقاحة، والخروج عن مألوف العادات، وكيف يقوم هذا؟ وقد قامت الأدلة القوية على أن المرأة ممنوعة من مباشرة العقد بنفسها. =

وقال مالك ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: الدَّنِيَّةُ تُزَوِّجُ نَفْسَهَا والشَّرِيفَةُ لاَ تُزوج.

لنا ما روي عن أبي موسى الأَشْعَرِي وابن عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عنهما ـ أَنَّ النَّبِيَّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ قَال: «لاَ نِكَاحَ إلاَّ بِوَلِيٍّ»[(١)].

وعن عَائِشَةِ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ـ أَنَّ النَّبِيَّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَت نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا فَإِنِ اشْتَجَرُوْا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهُ»[(٢)].

ولو وَكَّلَ ابنته بأن توكل رجلاً بتزويجها، فَوَكَّلَتْ؛ نَظَرَ إِنْ قَالَ وَكِّلِي عَنْ نَفْسِكِ

= يتبين لنا بما سقناه من الأدلة وما أوردنا عليها من المناقشات ودفعها أن مذهب الجمهور هو المذهب الراجح الذي يجب المصير إليه.

(١) أحمد [٤/ ٣٩٤ ـ ٤١٣] وأبو داود [٢١٨٥] والترمذي [١١٠١] وابن ماجة، [١٨٨١] وابن حبان [١٢٤٣ ـ ١٢٤٤] والحاكم [٢/ ١٦٩]، وأطال في تخريج طرقه، وقد اختلف في وصله وإرساله، قال الحاكم: وقد صحت الرواية فيه عن أزواج النبي ﷺ: عائشة وأم سلمة وزينب بنت جحش، قال: وفي الباب عن علي وابن عباس، ثم سرد تمام ثلاثين صحابياً، وقد جمع طرقه الدمياطي من المتأخرين.

(٢) أخرجه الشافعي وأحمد وأبو داود [٢٠٨٣] والترمذي [١١٠٢] وابن ماجة [١٨٧٩] وأبو عوانة، وابن حبان [١٢٤٨] والحاكم [٢/ ١٦٨] من طريق ابن جريج، عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عنها، وأعل بالإرسال، قال الترمذي: حديث حسن، وقد تكلم فيه بعضهم من جهة أن ابن جريج قال: ثم لقيت الزهري فسألته عنه فأنكره، قال: فضعف الحديث من أجل هذا، لكن ذكر عن يحيى بن معين أنه قال: لم يذكر هذا عن ابن جريج غير ابن علية، وضعف يحيى رواية ابن علية عن ابن جريج، انتهى. وحكاية ابن جريج هذه وصلها الطحاوي عن ابن أبي عمران عن يحيى بن معين عن ابن علية عن ابن جريج، ورواه الحاكم من طريق عبد الرزاق عن ابن جريج سمعت سليمان سمعت الزهري، وعد أبو القاسم بن مندة: عدة من رواه عن ابن جريج فبلغوا عشرين رجلاً، وذكر أن معمراً وعبيد الله بن زحر تابعا ابن جريج على روايته إياه عن سليمان بن موسى: وأن قرة وموسى بن عقبة ومحمد بن إسحاق وأيوب بن موسى وهشام بن سعد وجماعة، تابعوا سليمان بن موسى عن الزهري قال: ورواه أبو مالك الجنبي ونوح بن دراج ومندل وجعفر ابن برقان وجماعة، عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة، ورواه الحاكم من طريق أحمد عن ابن علية عن ابن جريج، وقال في آخره: قال ابن جريج: فلقيت الزهري فسألته عن هذا الحديث فلم يعرفه، وسألته عن سليمان بن موسى فأثنى عليه. قال: وقال ابن معين: سماع ابن علية من ابن جريج ليس بذاك قال: وليس أحد يقول فيه هذه الزيادة غير ابن علية، وأعل ابن حبان وابن عدي وابن عبد البر والحاكم وغيرهم الحكاية عن ابن جريج، وأجابوا عنها على تقدير الصحة بأنه لا يلزم من نسيان الزهري له أن يكون سليمان بن موسى وهم فيه، وقد تكلم عليه أيضاً الدارقطني في جزء من حدث ونسي، والخطيب بعده، وأطال في الكلام عليه البيهقي في السنن وفي الخلافيات، وابن الجوزي في التحقيق، وأطال الماوردي في الحاوي في ذكر ما دل عليه هذا الحديث من الأحكام نصاً واستنباطاً فأفاد.

لم يصح وإن قال: وَكِّلِي عَنِّي أو أطلق فوجهان؛ لأَنَّهُ ليس يتعلق بها إلاَّ سفارة بين الولي والوكيل. واعلم أَنَّهُ لو خرج خلاف في تَوْكِيلِ الْمَرْأَةِ، فَالنِّكَاحُ إيجاباً وَقَبُولاً وإن لم تَمْلُكْ تَزْوِيجَ نَفْسِهَا، ولا غيرها بالولاية لم يكن بعيداً لأن الأخبار لم تتعرض لصورة الوكالة وقد لا يستقل الإنسان بالشيء ويجيء في توكيله فيه الخلاف كالخلاف في توكيل الْعَبْدِ والْفَاسِقِ في إِيجَابِ النِّكَاحِ مَعَ الْحُكْمِ بأَنَّ الْفَاسِقَ لا يلي، ويؤيده أَنَّ الْمَرْأَةَ لا تملك الطَّلاقَ، وَيَجُوزُ أَنْ يُوَكِّلَهَا الإِنْسَانُ بتطليق زوجته على الأصح وكل ذلك قد مَرَّ في «الوكالة».

واعلم أيضاً أن ما روي عن يونس بن عبد الأعلى أن الشَّافِعِيَّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ قال: إذا جمعت الرفقة امرأة لاولِيّ لها فولت رَجُلاً أمرها حتى زوجها يجوز وليس قولاً في تجويز النكاح بلا ولي؛ لأن أَبَا عَاصِم العبادي لما حَكَى هذا النَّصَّ في «طبقات الفقهاء» ذكر أَنَّ مِنْ أصحابنا من أَنْكَرَ هذه الرواية، ومنهم قبلها، وقال إنه تحكيم فإن لم تثبت فذاك وإن ثبتت فهذا نكاح بولي وهذا المحكَّم المقام مقام[1] الحاكم.

وإذا جرى الوطء في النِّكَاحِ بلا وَلِيٍّ وجب مَهْرُ الْمِثْلِ، ولم يجب الحد سواء صدر ممن يعتقد تحريمه أو إباحته باجْتِهَادٍ أو تقليد، أو حسبان مجرد لشبهة اختلاف الْعُلَمَاءُ وتعارض الأَدِلَّةُ إلاَّ أَنَّ مُعْتَقَدَ التَّحْرِيمِ يُعَزَّرُ.

وقال أَبُو بَكْرٍ الصَّيْرَفِي: يجب الْحَدَّ على معتقد التَّحْرِيم، لما رُوِيَ أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ قال: «لاَ تَنْكِحُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ وَلاَ نَفْسَهَا إِنَّمَا الزَّانِيَةُ هِيَ الَّتِي تَنْكِحُ نَفْسَهَا»[2]. وإن امرأة كانت في مركب فجعلتَ أمرها إلى رَجُلٍ فزوجها فَجَلَدَ عُمَرُ ـ

---

(١) قال النووي: ذكر صاحب «الحاوي» فيما إذا كانت امرأة في موضع ليس فيه ولي ولا حاكم، ثلاثة أوجه. **أحدها**: لا تزوج. **والثاني**: تزوج نفسها للضرورة. **والثالث**: تولِّي أمرها رجلاً يزوجها. وحكى الشاشي أن صاحب «المهذب» كان يقول في هذا: تحكِّم فقيهاً مجتهداً، وهذا الذي ذكره في التحكيم صحيح بناءً على الأظهر في جوازه في النكاح، ولكن شرط الحكم أن يكون صالحاً للقضاء، وهذا يعتبر في مثل هذه الحال. فالذي نختاره، صحة النكاح إذا ولت أمرها عدلاً وإن لم يكن مجتهداً، وهو ظاهر الذي نقله يونس، وهو ثقة.

(٢) أخرجه ابن ماجة [١٨٨٢] والدارقطني [٣/ ٢٢٧ ـ ٢٢٨] من طريق ابن سيرين عن أبي هريرة، وفي لفظ: وكنا نقول: إن التي تزوج نفسها هي الزانية، ورواه الدارقطني أيضاً من طريق أخرى إلى ابن سيرين فبين أن هذه الزيادة من قول أبي هريرة، ورواه البيهقي من طريق عبد السلام بن حرب عن هشام عنه بها موقوفاً، ومن طريق محمد بن مروان عن هشام مرفوعاً، قال: ويشبه أن يكون عبد السلام حفظه، فإنه ميز المرفوع من الموقوف.

قال الحافظ: تنبيه: قول الرافعي: ولهذا قال: الزانية هي التي تنكح نفسها، ولم يقل التي تنكح نفسها هي الزانية، يعكر عليه أنه وقع عند الدارقطني بلفظ: إن التي تنكح نفسها هي الزانية.

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ الناكح والمنكح[1]؛ ولأن شَارِبَ النَّبِيْذِ يُحَد مع الاختلاف في إباحته.

وَيُحْكَى هَذَا عَنِ الْإِصْطَخْرِيِّ وأبي بكر الفارسي أيضاً وأجاب من نصر ظاهر المذهب عن الأول بأَنَّ الْمُرَادَ تشبيهها بالزَّانِيَةِ في تَبَرُّجِهَا واستقلالها بضم نَفْسِهَا، ولهذا قال: «الزانية هي التي تنكح نفسها» ولم يقل: التي تنكح نفسها زانية.

وعن الثَّاني: بأَنَّ الْمُرَادَ التعزيرُ؛ ألا ترى أنه جلد المنكح ولا حد عليه بالاتفاق.

وعن الثالث: بأن أدلة تحريم النَّبِيْذِ أظهر وأيضاً فَإِنَّ الطبع يدعو إليه، فيحتاج إلى الزَّجْرِ، ولهذا نوجبه على من يعتقد إباحته أيضاً، وهنا بخلافه، ولو رُفِعَ النِّكَاحُ بَلاَ وَلِيٍّ إلى قَاضٍ يصححه فقضى بصحته، ثُمَّ رُفِعَ إلينا لم ننقض قضاءه كمعظم المسائل المختلف فيها.

وقال الْإِصْطَخْرِي: ينقص أيضاً؛ لظهور الأخبار، وَلَوْ طلق في النكاح بلا وَلِيٍّ لم يقع ولا يحتاج إلى المحلل، ولو طلق ثلاثاً؛ لأن الطَّلاَقَ إنما يقع في النِّكَاحِ الصَّحِيْحِ.

وقال أَبُو إِسْحَاقَ: يقع ويحتاج إلى المحلل احتياطاً للأبضاع وهذا كوجهين نقلهما أبو الحسن العبادي عن القفَّال في: أنها إذا زوجت نفسها ـ هل للولي أن يزوجها قبل تفريق القاضي بينهما؟ قال: وبالمنع أجاب القَفَّالُ الشَّاشِيُّ؛ لأنها في حكم الْفِرَاشِ لَهُ وَهُوَ تَخْرِيْجِ ابْنُ سُرَيجِ واللَّهُ أَعْلَمُ ولما تكلم في إنشاء المرأة النكاح أدرج في الفصل الكلام في إقرارها بالنِّكاح وقد يحتج بالإقرار من يجوز لها الإنشاء، وشرحه أن الْحُرَّةَ البالغة العاقلة إذا أقرت بالنِّكاح ففيه قَوْلاَنِ:

الجديد ـ وهو المذكور في الكتاب: أنَّ إقرارها مع تَصْدِيْقِ الزَّوْجِ مقبول مغن عن البينة؛ لأنَّ النِّكَاحَ حَقُّ الزَّوْجَيْنِ فثبت بتقارهما كالبيع والإجارة وغيرهما، ولا فَرْقَ على هذا الْقَوْلِ بين الْبِكْرِ وَالثَّيِّبِ، وَلاَ فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَا بلديين أَوْ غَرِيبَيْنِ.

والقديم ـ وبه قال مَالِكٌ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: أنهما إن كانا غريبين ثَبَتَ النِّكَاحُ بتقارهما وإلاَّ طُولِبَا بالْبَيِّنَةِ؛ لأنه يسهل عليهما إقامة البَيِّنَةِ، والنِّكَاحُ مما يحتاط فيه، فإن قلنا بالجديد فيكفي إطلاق الإقرار أم لا بُدَّ وأن نفصل فنقول: زَوَّجْنِي مِنْهُ وَلِي بحضور شاهدين عدلين، ورضاي إن كانت ممن يعتبر رضاها فيه وجهان بِنَاءً على الْخِلاَفِ في أنَّ دَعْوَى النِّكَاحِ تسمع مطلقة، أو يجب التفصيل. وَالأَصَحُ الثَّانِي.

ثُمَّ إِذَا أَقَرَّتْ وَكَذَّبَهَا الْوَلِيُّ ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يُحكم بإقرارها، لأنها كالمُقِرَّةِ عَلَى الْوَلِيِّ بِالتَّزْوِيْجِ، فَلاَ يُقْبَلُ

---

(١) أثر لم يخرج.

قَوْلُهَا عليه، وَيُحْكَى هَذَا عَنِ الْقَفَّال. **وأظهرهما**: وبه أجاب ابن الْحَدَّادِ والشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: أنه يحكم؛ لأنها تقر بحق على نفسها.

وعن القاضي حسين: الْفَرْقُ بَيْنَ الْعَفِيفَةِ والْفَاسِقَةِ.

ولا فَرْقَ في هذا الخلاف بين أن تفصّل الإقرار وتضيف التزويج إلى الولي فيكذبها، وبين أن تطلق إذا قبلنا الإقرار المطلق وَقَالَ الْوَلِيُّ: لاَ وَلِيَّ لَكِ غَيْرِي وَأَنَا [ما][1] زَوَّجْتُكِ.

ويجري أيضاً في تكذيب الشَّاهِدَيْنِ إذا كَانَتْ قد عَيَّنَتْهُمَا؛ لأنه يورث تُهْمَةً في الإقرار، والأبضاع جديرة بالاحتياط.

والظاهر أَنَّهُ لا يقدح لاحتمال النِّسْيَانِ أو الكذب، فإن قلنا بِأَنَّ تَكْذِيبَ الْوَلِيِّ يمنع من الحكم بإقرارهما فإنْ كان غائباً لم ينتظر حُضُورُهُ بل يسلم إلى الزَّوْجِ في الْحَالِ للضَّرُورَةِ فَإِنْ عَادَ وكذب، فَيُحَالُ بينهما لزوال الضرورة، أو يُسْتَدَامُ ما سَبَقَ فيه وجهان ورجح في «الْوَسِيطِ» الأول وَرَجَّحَ غَيْرُهُ الثَّانِي.

وإذا فرعنا على القديم فجرى الإقرار في الغربة، ثم رجعا إلى الوطن فهل يحال بينهما؟.

فيه مثل هذا الْخِلاَفِ.

قال الإمامُ: ولا شَكَّ أَنَّهُ لو قضى قاضٍ بالإقرار لم ينتقص قضاؤه، هذا حكم إقرارها، وأما إقرار الولي فَيَنْظُرُ إن كان له إنشاءُ النِّكَاحِ المقر به عند الإقرار من غير رضاها فيقبل إقراره لقدرته على الإنشاء.

وحكى أبو عَبْدِ اللَّهِ الحَنَّاطِيُّ وجهاً آخَرَ: أنه لا يقبل حتى تساعده البالغة كالوكيل إذا ادَّعَى أنه أتى بما وُكِّلَ به وإن لم يكن له إنْشَاءُ لِنِّكَاحِ المقر به عند الإقرار من غير رضاها إما؛ لأنه غير مُجْبَرٍ، أو لأن الحال غير حال الإجبار، أو لأن الزَّوْجَ ليس بكفءٍ لها لم يُقْبَلْ إقْرَارُهُ عليها ولو قال: وهي ثَيِّبٌ كنت زَوَّجُهَا في حال بكارتها لم يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ أيضاً واعتبر وقت الإقرار. كذلك أطلق الإمام وهو الظاهر لكن يمكن أن يجعل على الخلاف في العبد إذا أَقَرّ بعد الحجر بدين أسنده إلى حال الإذن، وفيما إذا أَقَرَّ المريض بأنه وهب من وارثه في الصحة.

فَرْعٌ: أقرت لزوج وأقر وليها المقبول إقراره لآخر فالمقبول إقرارها أو إقراره؟.

حكى أبو الحسن العبادي فيه وجهين عن الحليمي عن القَفَّالِ الشَّاشِيِّ والأَوْدَنِيِّ.

---

(١) سقط في ز.

وقوله في الكتاب: «لا عِبَارَةَ لَهَا» معلم بالحاء والميم.

وقوله: «إقرار البالغة مَقْبُولٌ» بالواو والميم لما بَيَّنَاهُ.

وقوله: «وصدقها». يقتضي اعتبار التَّصْدِيقِ لكن المفهوم من كلام الأئمة أنه لا يكفي ألا يكذبها فإذا كذبها ففيه الخلاف المذكور وقوله: «ولا حَدَّ للشبهة، ولا ينقص» معلمان بالواو ويجوز أن يعلم ـ أيضاً ـ قوله: «ويجب الْمُهْرُ»؛ لأَنَّ مَنْ يُوْجِبُ الْحَدَّ لا يوجب الْمَهْرَ واللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الغَزَالِيُّ:

وَفِي بَيَانِ أَحْكَامِ الأَوْلِيَاءِ بابان

(البَابُ الأَوَّلُ فِي الأَوْلِيَاءِ، وَفِيهِ فُصُولٌ ثَمَانِيَةٌ)

(الفَصْلُ الأَوَّلُ: فِي أَسْبَابِ الوِلاَيَةِ) وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: (الأَوَّلُ) الأُبُوَّةُ وَفِي مَعْنَاهَا الجُدُودَةُ وَتُفِيدُ وَلاَيَةَ الإِجْبَارِ عَلَى البِكْرِ وَإِنْ كَانَتْ بَالِغاً (ح و) لاَ عَلَى الثَّيِّبِ وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً (ح) سَوَاءٌ ثَابَتْ بِالزِّنَا (م ح و)، أَوْ بِوَطْءٍ حَلاَلٍ، وَلاَ أَثَرَ لِزَوَالِ الجِلْدَةِ بِالسَّقْطَةِ (و)، وَلَوِ الْتَمَسَتِ البِكْرُ البَالِغَةُ التَّزْوِيجَ وَجَبَتِ الإِجَابَةُ وَإِنْ كَانَتْ مُجْبَرَةً، فَإِنْ عَضَلَ زَوَّجَ السُّلْطَانُ، وَالكُفْءُ الَّذِي عَيَّنَتْ أَوْلَى مِمَّنْ عَيَّنَهُ الوَلِيُّ عَلَى وَجْهٍ.

(الثَّانِي: العُصُوبَةُ) كَالأُخُوَّةِ وَالعُمُومَةِ، وَلاَ يُفِيدُ إِلاَّ تَزْوِيجَ البَالِغَةِ العَاقِلَةِ بِرِضَاهَا الصَّرِيحِ إِنْ كَانَتْ ثَيِّباً، وَبِسُكُوتِهَا إِنْ كَانَتْ بِكْراً عَلَى رَأْيِ (ح).

«القول في بيان أحكام الأولياء»

قال الرَّافِعِيُّ: لما بيّن في الفصل السابق أَنَّ النِّكاحَ إنما يعقده الولي مست الحاجة إلى بَيَان أحكام الأولياء ولا شك أَنَّ الولايةَ تثبت لشخص على شَخْص فعقد بابين:

أحدهما: فيمن له الولاية.

والثاني: فيمن عليه.

أما الأول: فاعلم أن للولاية[1] أسباباً وموانع، والذين توجد فيهم سَبَبُ الْوِلاَيَةِ

---

(١) الولاية بفتح الواو وكسرها مصدر وَلِيه، وولى عليه. يتعدى فعله بنفسه، وبحرف الجر. نقول: وليت المرأة، ووليت عليها؛ إذا قمت بها، وملكت أمرها، ونصرتها. ومن معانيها لغة النصرة. وفيه قوله تعالى: ﴿الْوَلَايَةُ لِلَّهِ الْحَقِّ﴾ بعد قوله: ﴿وَلَمْ تَكُنْ لَهُ فِئَةٌ يَنْصُرُونَهُ مِنْ دُونِ اللَّهِ وَمَا كَانَ=

من غير معارضة مانع تارة يترتبون وتارة يستوون وقد يعرض لهم تزاحم حينئذٍ، ثم ما يتوظف على الولي إما أن يباشره بنفسه، أو يوكل فيه ترتب كلام الباب على [ثمانية][(١)] فصول فَصْلٌ في أسباب الولاية، وفَصْلٌ في موانعها وسوابها، وفصل في ترتيب الأولياء، وفصل في تزاحمهم عند الاستواء، وفصل فيما يجب ويتوظف على الولي، وفصل في التوكيل. فهذه ستَّةُ فُصُولٍ.

وأما فصلاً تولى الطرفين والكفاءة، فليس لهما كثير اختصاص بالباب إلا أن فيه ما ينساق إليهما؛ ألا ترى أنَّا نقول السلطان يزوج في مواضع منها: إذا أراد الْوَلِيُّ أن يتزوج

= مُنْتَصِراً هُنَالِكَ﴾. وقرأ الأخوان والأعمش وغيرهم. عن طلحة وخلف وغيرهما: «الوِلاية لِلَّه الحَقِّ». بكسر الواو. وجاء لفظ الولاية في اللغة مصدراً بالفتح والكسر، وهما لغتان فيه بمعنى واحد فالوكالة والوكالة، والوصاية والوصاية. فَدَلَّ ذلك على أنهما بمعنى واحد. وقيل بينهما فرق؛ فقد قال سيبويه الوَلاية بالفتح المصدر، وبالكسر الأسر مثل الإمارة والنقابة؛ لأنه اسم لما توليته وقمت به، فإذا أرادوا المصدر فتحوا ونسب إلى أبي عبيدة وأبي الحسن أنها بالفتح ولاية مولى بنسب ونحوه. وذلك ولاية السلطان وقال الزجاجّ: هي بالفتح النصرة والنسب، وبالكسر للإمارة ونقل عنه أنه ذهب إلى أن الولاية لاحتياجها إلى تَمَرُّنٍ وتدريب شبهت بالصناعات؛ ولذا جاء فيها الكسر. هذا معنى الولاية في اللغة. أمّا في الشرع فهي نوعان: - ولاية إجبار، ويمكن أن تفسر بأنها سُلْطَةٌ تثبت للرَّجُلِ على المرأة بسبب ملك، أو أبوة، أو إيصاء فقط، تسوغ له القيام بأمر المرأة، والنيابة عنها في النِّكَاحِ بطريق الإلزام. وولاية غير إجبار، ويمكن أن تفسر بأنها سلطة تثبت للرجل على المرأة بسببَ ملك، أو بنوة، أبو أبوة، أو إيصاء، أو تعصيب، أو ولاء، أو كفالة، أو سَلْطَنَةٍ، أو إسلام؛ تُسَوِّغُ له القيام بأمر المرأة، والنيابة عنها في النكاح لا بطريق الإلزام.

لم يُسوِّ واعلم أن الشارع بين الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ، ولم يَضَعْهَا في منزلته، فَقَدْ جَعَلَ لَهُ دونها الأمامة، والقضاء، والجمعة والجماعة، وفرض عَلَيْهِ الْجِهَادَ في سبيل الله، والقيام بنفقتها.

وَلَمْ يُسَوِّ بينهما في الشَّهَادَةِ إذ جَعَلَ شهادة الرَّجُلِ الْوَاحِدِ تعادل شهادة امرأتين؛ وفي الإرث إذ جَعَلَ حَظَّ الرَّجُلَ مثل حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ.

وفي الزوجية جعل العصمة بيده لا بيدها، وهكذا في مواضع كثيرة نجد الشارع الحكيم تعبد الرجل بما لم يتعبد به المرأة، واختصه بَمَزِيد تَكَالِيفِ لم تتعده إليها.

وقد جَعَل الشارع للرجل القوامة العامة عليها بقوله تَعَالَى: **﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾**.

وفيما نحن بصدده «وَهُوَ عَقْدُ النِّكَاحِ» سلبها الشارع حق مباشرته لنفسها، أو لمن تليه، وجعل ذلك من حقِّ الرَّجُلِ وحده.

ولولا أن في تكوين المرأة الجسماني والعقلي ضعفاً يعوقها عن النُّهُوضِ بكل ما نَاطَ به الرجل من هذه الأواصر والتكاليف لما وُجدت هذه الفوارق بين المرأة والرجل.

(١) سقط في ز.

بها ويقول: إنما يجب عليه الإِجابة إذا طلبت التزويج ممن يكافئها، فنحتاج إلى معرفة أن الواحد لا يتولى طرفي العقد، وأَنَّ الكَفَاءَةَ كيف ترعى وفيهم تُرْعَى فضم هذين الفصلين إلى الفصول الستة.

الْفَصْلُ الأَوَّلُ: فَي أَسْبَابِ الْوِلاَيَةِ

وقد عَدَّهَا أَرْبَعَةً:

أَحَدُهَا: الأبوة والجدودة ـ وهي أقوى ٱلأَسْبَابِ لكمال شفقة الأب والجد، وللأب تزويج ابنته البكر ـ صغيرة كانت أو كبيرة ـ من غير إذنها أو مراجعتها، ولكن يُسْتَحَبُّ أن تُرَاجِعُ البالغة وَيَسْتَأْذِنَهَا، ولو لم يفعل وأجبرها على النِّكَاحِ صَحَّ وبه قَالَه مَالِكٌ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ وكذا أَحْمَدُ في أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ لما رُوِي أَنَّهُ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ قال: «الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا وَالْبِكْرُ يُزَوِّجُهَا أَبُوهَا»[1] نعم لو كان بين الأب وابنته عداوة ظاهرة قال الْقَاضِيُ ابن كَجٍّ في كتابه: ليس له إجبارها على النِّكَاحِ وهكذا نقله أبو عبد الله الحَنَّاطِيُّ عن ابن المرزبان.

قال: ويحتمل جوازه وعند أبي حنيفة ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: ليس للأب إجبار [البكر][2] البالغة وأما الثَّيِّبُ فلا يزوجها الأب إلاَّ بإذنها فإن كانت صَغِيْرَةً فلا [اعتبار لإذنهما][3] فلا تُزَوَّجُ حَتَّى تَبْلُغَ.

---

(١) أخرجه الدارقطني [٣/ ٢٤٠] من حديث ابن عباس بهذا اللفظ، لكن قال: يستأمرها، بدل: يزوجها، وحكى البيهقي عن الشافعي أن ابن عيينة زاد: والبكر يزوجها أبوها، قال الدارقطني: لا نعلم أحداً وافقه على ذلك، وهو في مسلم [١٤٢١] بألفاظ منها: الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأذنها أبوها في نفسها، وقال أبو داود بعد أن أخرجه بلفظ: والبكر يستأمرها أبوها، وأبوها غير محفوظ، وهو من قول سفيان بن عيينة.

فائدة: يعارض الحديث ما رواه ابن أبي شيبة عن حسين بن محمد عن جرير بن حازم عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس: أن جارية بكراً أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباها زوجها و هي كارهة، فخيرها النبي ﷺ، رجاله ثقات، وأهل بالإرسال، وتفرد جرير بن حازم عن أيوب، وتفرد حسين عن جرير وأيوب، وأجيب بأن أيوب بن سويد رواه عن الثوري عن أيوب موصولاً، وكذلك رواه معمر بن جدعان الرقي عن زيد بن حبان عن أيوب موصولاً، وإذا اختلف في وصل الحديث وإرساله حكم لمن وصله على طريقة الفقهاء، وعن الثاني بأن جريراً توبع عن أيوب كما ترى، وعن الثالث بأن سليمان بن حرب تابع حسين بن محمد عن جرير، وانفصل البيهقي عن ذلك بأنه محمول على أنه زوجها من غير كفؤ والله أعلم. وفي الباب عن جابر عند النسائي، وعن عائشة عنده أيضاً قاله الحافظ.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: يعتبر بإذنها.

وَقَالَ أَبُو حَنِيْفَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: إنْ كَانَتْ صغيرة، فله تزويجها دليلنا ما رُوِيَ ـ أنَّه ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ قَالَ: «لَيسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ الثَّيِّبِ أَمْرٌ»[1] والجد كالأب في جميع ما ذكرناه على ظاهر المذهب المشهور.

وَحَكَى أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الحَنَّاطِيُّ قولاً: أَنَّ الجد لا يجبر البكر البالغة كالأخ.

ويروى هذا عن مالك، وهو فيما حَكَى الْمُوَفَّقُ بْنُ طَاهِرٍ اختيار ابن القَاصِّ، وأبي الطيب بن سلمة. وعند أحمد: لا يجوز إجبار الصغيرة ولا الكبيرة، وهذه رواية عند مالك، ووجه ظاهر المذهب أن له ولادة وعصوبة فأشبه الأب، وأيضاً فإنه كالأب في ولاية الْمَالِ وفي وجوب النَّفَقَةِ وحصول العتق فكذلك هنا.

ثم هنا مسائل:

الأولى: لا فرق بين أن تحصل الثيوبة بوطء حلال، أو بوطء شبهة، أو بزنا، وفي هذه الأحوال أيضاً يعتبر إذنها.

وقال أَبُو حَنِيْفَةَ: المصابة بالفجور حكمها حكم الأبكار، وعن مالك مثله.

وفي شرح «المختصر» الجويني أن أبا إِسْحَاقَ اختاره وحكاه عن القديم.

وعن أحمد؛ روايتين كالمذهبين.

لنا أنها ثَيِّبُ، بدليل دخولها في الْوَصِيَّةِ لِلثَّيِّبِ فيعتبر نطقها للإخبار وإن زالت البكارة بالسقطة، أو الإِصبع أو حدة الطَّمْثِ، أو طول التعنيس فظاهر المذهب أنَّها كَالأَبْكَارِ؛ لأنها لم تمارس الرِّجَالَ وهي على غباوتها وحيائها.

وعن أبي علي بن خيران، وابن أبي هُرَيْرَةَ: أنها كالثَّيِّبِ لزوال العُذْرَةِ.

وحكى الْقَاضِيُ ابنُ كَجٍّ عن القاضي أبي حَامِدٍ سماعاً: أن التي وطئت مجنونة، أو مكرهة، أو نائمة حكمها حكم الأبكار لنفاذ الحياء وهذا خلاف ظاهر المذهب.

وفي المصابة في غير المأتي وجهان:

أصحهما: أن حكمها حكم الأبكار.

الثانية: إذا التمست البكر البالغة التزويج وقد خطبها كفؤ فعلى الأب، أو الجد

---

(١) أخرجه أبو داود والنسائي وابن حبان. من حديث معمر، عن صالح بن كيسان عن نافع بن حبيب، عن ابن عباس وزاد: واليتيمة تستأمر، وإذنها إقرارها، ورواته ثقات قاله أبو الفتح القشيري، ويقال: إن معمراً أخطأ فيه، يعني أن صالحاً إنما حمله عن عبد الله بن الفضيل عن نافع بن جبير، وهو قول الدارقطني.

إجابتها تحصيناً لها كما يجب إطعام الطفل، إذا استطعم، فإن امتنع أثم، وللسلطان أن يزوجها.

ويروى عن عَلِيٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «ثَلاَثٌ لاَ تُؤَخِّرُوهَا: الصَّلاَةُ إِذَا أَتَتْ، وَالْجَنَازَةُ إِذَا حَضَرَتْ، وَالأَيِّمُ إِذَا وَجَدْتَ لَهَا كُفُوًا»(١).

وفيه وجه: أنه لا يجب الإِجابة، ولا يأثم بالامتناع؛ لأن الغرض يحصل بتزويج السُّلْطَانِ وأيضاً فإنها مجبرة من جهة الأب والجد، فكيف يخبرهما على النِّكَاحِ.

الثالثة: إذا عينت كفئاً، وأراد الأبُ تزويجها من كفءٍ آخر حَكَى أَلإِمَامُ فيه خلافاً للأصحاب أحد الوجهين: أن عليه تزويجها ممن عينته إعفافاً لها(٢).

وأظهرهما: أنه لا يتعين، ولو زَوَّجَهَا مِنْ غَيْرِهِ جاز لأنها مُخَيَّرَةٌ وليس لها اختيار الأزواج وهو أكمل نظراً منها، وتبين بما ذكرنا أن قوله في الكتاب «والكفء الذي عينته أولى ممن عينه الولي على وجه» لَيْسَ الْمُرَادُ منه وضع الخلاف في الأولوية وكأنه أراد أن من عينته أولى بأن يتعين.

وليعلم قوله في أول الْفَصْلِ «وفي معناها الجدودة» بالميم والألف والواو.

وقوله: «وإن كانت بالغة» بالحاء والميم.

وقوله: «وإن كانت صغيرة» بالحاء. وقوله: «بالزِّنَا» بالواو والميم والحاء.

وقوله: «ولا أثر» بالواو وكذا قوله: «وجبت الإِجابة» بالواو وكل ذلك لما سبق، ولفظ «البالغة» في قوله: «ولو التمست البكر البالغة التزويج» [هل](٣) هو للتقييد.

ذَكَرَ بَعْضُهُمْ أَنَّ الصَّغِيرَةَ أيضاً إذا التمست التزويج، وَجَبَتْ الإِجابة إذا كانت في أوان إمكان الشهوة فعلى هَذَا لَيْسَ هو للتقييد واللَّهُ أَعْلَمُ.

---

(١) تقدم في الصلاة وهو عند الترمذي.

(٢) قال النووي: قال الشافعي رضي الله عنه: استحب للأب أن لا يزوّج البكر حتى تبلغ ويستأذنها قال الصيمري: فإن قاربت البلوغ، وأراد تزويجها، استحب أن يرسل إليها ثقات ينظرن ما في نفسها.
قال الصيمري: ولو خلقت المرأة بلا بكارة، فهي بكر. ولو ادعت البكارة أو الثيوبة، فقطع الصيمري وصاحب «الحاوي»: بأن القول قولها، ولا يكشف حالها، لأنها أعلم.
قال صاحب «الحاوي»: ولا تسأل عن الوطء، ولا يشترط أن يكون لها زوج. قال الشاشي: وفي هذا نظر، لأنها ربما أذهبت بكارتها بأصبعها، فله أن يسألها. فإن اتهمها، حلّفها.

(٣) سقط في ز.

قال: العصوبة كالأخوة والعمومة.

السبب الثاني: عصوبة من على حاشية النَّسَبِ كالأخ والعم وبينهما ولفظ «العصوبة» في الكتاب منزل على هذا، وإلاَّ فالأب والجد لهما عصوبة أيضاً، فيدخلان فيه، وهي لا تفيد تزويج الصغيرة بكراً كانت أو ثيباً خلافاً لأبي حَنِيْفَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ حَيْثُ قال: لهم تزويجها إلاَّ على أنه لا يلزم فلها الرَدُّ إذا بلغت بخلاف تزويج الأب والجد.

دليلنا ما روي أنه ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ قَالَ: «لاَ تَنْكِحُوْا الْيَتَّامَى حَتَّى تَسْتَأْمِرُوهُنَّ»[(١)] ونحوه من الأخبار.

وأما البالغة فإن كانت ثَيِّباً فلهم تزويجها بإذنها الصريح، ولو زوجت بدون رضاها لم ينعقد. وقال أَبُو حَنِيْفَةَ: ينعقد موقوفاً على إجازتها، وإن كانت بكراً فلهم تزويجها إذا استأذنوها، وهل يشترط صريح نطقها أم يكتفي بسكوتها؟.

فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا بُدَّ من النطق كما في الثَّيِّب.

وأصحهما: وبه قال أَبُو حَنِيْفَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: الاكتفاء بالسُّكُوتِ؛ لقوله ـ ﷺ ـ: «الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا»[(٢)].

وَحُكِيَ وَجْهُ: أنه لا حَاجَةَ إِلى الاستئذان أيضاً بل إذا جرى التزويج بين يديها، ولم تنكر كان ذلك رضاءً كما إذا جرى فعل بين يدي رسول الله ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ فلم ينكر عليه ـ فإذا اكتفينا بالسكوت، فيحصل الْغَرَضُ ضَحَكَتْ أَوْ بَكَتْ إلاَّ إذا بكت مع الصِّيَاحِ وضرب الْخَدِّ فلا يكون ذلك رضىً ولو أراد الأَبُ تزويج ابنته البكر من غير

---

(١) أخرجه الحاكم من حديث نافع عن ابن عمر، وزاد: فإن سكتن فهو إذنهن، وفي الحديث قصة، والدارقطني أتم منه، ويبن أن الذي زوجها عمها، ورواه أبو دود [٢١٠٠] والترمذي والنسائي [٦/ ٨٥] وابن حبان والحاكم، من حديث أبي هريرة بلفظ: اليتيمة تستأمر في نفسها، فإن صمتت فهو إذنها، فإن أبت فلا جواز عليها، وفي رواية لأبي داود: فإن بكت أو سكتت فهو رضاها، قال أبو داود: وهم إدريس الأودي في قصة بكت، وليست بمحفوظة، وروى ابن حبان والحاكم من حديث أبي موسى الأشعري بلفظ: تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكتت فهو رضاها، وإن كرهت فلا كره عليها.

تنبيه: قال الرافعي بعد سياقه الحديث الذي أوردنا لفظه من عند الحاكم: وهذا ونحوه من الأخبار فلهذا حسن إيراد حديثي أبي هريرة وأبي موسى معه لاحتمال أن يكون أشار إليهما، وفي الباب عن عائشة بلفظ: تستأمر النساء في أبضاعهن، الحديث أخرجه مسلم.

(٢) أخرجه مسلم [١٤٢١] رواه الدارقطني [٣/ ٢٤٠] بهذا اللفظ من حديث ابن عباس وقد تقدم، وفي الباب عن أبي هريرة بلفظ: لا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله كيف إذنها؟ قال: أن تسكت، متفق عليه؛ وعندهما عن عائشة قلت: يا رسول الله إن البكر تستحي، قال: إذنها صمتها.

كُفْءٍ، فاستأذنها فيشترط النُّطْقُ أم يكفي السكوت؟. فيه الوجهان[١]:

وقوله في الكتاب: «ولا يفيد إلا تزويج العاقلة البالغة» معلم بالحاء لما ذكرنا أنه جوز للعم والأخ تزويج الصغيرة، وإنما قيد بـ «العاقلة» لأن ألأَخَ ومن في معناه لما لا يزوجون الصغيرة ولا يزوجون المجنونة على المذهب كما سَيَأْتِي في الباب الثَّانِي إلاَّ أَنَّ الْفَصْلَ كُلَّهُ مَوْضُوعٌ في العواقل، ولو وجبت التقييد ها هنا لوجب في قوله من قبل «لا على الثَّيِّبِ وإن كانت صغيرة».

وفي قوله: «ولو التمست البكر البالغة التزويج»، فلا اختصاص لهذا بالموضع بالحاجة إلى التقييد.

فروع:

أحدها: لو قال: أزوجك من شخص فسكتت.

قال بعض المتأخرين: هذا لا يكون رضىً عند أبي حَنِيْفَةَ ـ رحمه اللَّهُ ـ وهو بمذهبنا أَلْيَقُ؛ لأن الرضا بالمجهول لا يتصور عندنا ولك أَنْ تقول: هذا يخرج على أنه لا بُدّ في الإِذن من تعيين الزَّوْجِ، وعلى ألأَصَحّ أنه لا حَاجَةَ إليه كما سيأتي، فلا يضر الْجَهْلُ بِهِ، ثم لا يخفى أن التصوير مبني على الاكتفاء بالسكوت.

الثاني: إذا قال: أيجوز أنْ أزوجك؟ فقالت: لِمَ لاَ يَجُوز؟ أو قال: أتأذنين؟ فقالت: لم لا آذن؟. حكى بعضهم أنه لا يكون إذناً[٢]، ولك أن تقول: ما ذكره الولي إن صلح مراجعة واستئذاناً فالَّذِي صدر منها يشعر بالإِذن والرضا، فإذا اكتفينا بالسكوت على الأظهر فأولى أن نكتفي بلفظ مشعر.

وَإِنْ قيل: إنه لا تصلح مراجعته استئذاناً، فهذا مما يأباه الطَّبْعُ وبتقدير أن يكون كذلك فالمعتبر أن يقول الْوَلِيُّ ائذني لي في تزويجك أو أزوجك من فلان فائذني لي ولو قال: أزوجك فقالت بالفارسية: «شايد»[٣] وجب أن يكون إذناً، كما في «فتاوى القَفَّال» أنه لو قال: أنا أدفع الزكاة عنك فقالت بالفارسية: «شايد» يكون ذلك إذناً وتوكيلاً.

الثالث: لو قالت: وكلتك في تزويجي. فالذين لقيناهم من الأئمة لا يعتدون به

---

(١) قال النووي: ونقل الرافعي في آخر «كتاب النكاح» عن فتاوى القاضي حسين الجزم بصحة النكاح إذا استأذنها ولي في تزويجها بغير كفءٍ فسكتت. قال صاحب «البيان»: قال أصحابنا المتأخرون: إذا استأذن الوليُّ البكر في أن يزوجها بغير نقد البلد، أو بأقل من مهر المثل، لم يكن سكوتها إذناً في ذلك.

(٢) قال النووي: المختار أنه إذن والله أعلم.

(٣) كلمة فارسية معناها: ربما.

إذناً؛ لأن توكيل المرأة في [النِّكَاح][(١)] بَاطِلٌ لكن الفرع غير مسطور، ويجوز أن يعتد به إذناً لما ذكرنا في «باب الوكالة» أنها وإن [فسدت][(٢)] فالأصح أَنَّهُ ينفذ التَّصَرُّفُ بحكم الإذن[(٣)].

الرابع: كثيراً ما يقول أهل «قزوين» عند الإذن والتوكيل [انح توكني أو كرده اى من كردة أم][(٤)] ولا شك في أنه يصلح كناية فإن اكتفينا بالسكوت على الأظهر فالاكتفاء به أولى، بل ينبغي أن يكتفِ به وإن لم يكتفِ بالسكوت.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(الثَّالِثُ: المُعْتِقُ) وَهُوَ كَالعَصَبَاتِ (الرَّابِعُ: السُّلْطَانُ) وإِنَّمَا يُزَوِّجُ البَالِغَةَ عِنْدَ عَدَمِ الوَلِيِّ أَوْ عَضْلِهِ أَوْ غَيْبَتِهِ (ح)، أَوْ أَرَادَ الوَلِيُّ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِنَفْسِهِ كَابْنِ عَمٍّ أَوْ مُعْتِقٍ أَوْ قَاضٍ، وَلَيسَ لِلسُّلْطَانِ (ح) تَزْوِيجُ الصَّغِيرَةِ، وَلاَ لِلوَصِيِّ (م) وِلاَيَةٌ وَإِنْ فُوِّضَ إِلَيْهِ (ح).**

قال الرَّافِعِيُّ: كان اللائق أن يقول: الثالث الإعتاق.

والرَّابعُ: السلطنة كما قال الأول الأبوة والثاني العصوبة؛ لأن الْكَلاَمَ في أسباب الولاية والسبب الإعتاق والسلطنة لا المعتق والسلطان.

والفقه أن المعتق وعصباته يزوجون بحق الولاية لتزويج الأخ والعم، وكذا السلطأن يزوج بالولاية العامة البوالغ بإذنهن، ولا يزوج الصغائر خلافاً لأبي حَنِيفَةَ كما سبق في الأخ والعم، ثم السلطان يزوج في مواضع:

أحدها: عدم الولي الحاصل كما سيأتي في «ترتيب الأولياء».

والثاني: عضله فإذا عضل من يلي أمرها بقرابة، أو إعتاق واحداً كان أو جَمَاعَةِ مستويين زَوَّجَهَا السُّلْطَانُ؛ لأن التزويج حَقٌّ عليه، فإذا امتنع وفاه الحاكم كما لو كان عليه دَيْنٌ، وامتنع من أدائه.

وحكى ألإِمَامُ خلافاً في أَنَّ السُّلْطَانَ والحالة هذه يزوج بالولاية أو بالنِّيَابَةِ عن

---

(١) في ز: التزويج. (٢) في ز: تسكت.

(٣) قال النووي: هذا عجب من الإمام الرافعي، والمسألة منصوصة للشافعي. قال صاحب «البيان»: يجوز للمرأة أن تأذن لوليها غير المجبر بلفظ [الإذن]، ويجوز بلفظ الوكالة، نص عليه الشافعي رحمه الله، فهذا هو الصواب نقلاً ودليلاً. ولو أذنت له، ثم رجعت، لم يصح تزويجها، كالموكل إذا عزل الوكيل، فإن زوجها بعد العزل قبل العلم، ففي صحته وجهان بناءً على بيع الوكيل. والله أعلم.

(٤) كلمة فارسية معناها: كل ما تفعله أو فَعَلْتَه، فإني قد قمت به.

الولي، وأجرى هذا الخلاف في جميع صور تزويج السلطان مع قيام الولي الخاص، وأهليته وإنما يحصل العضل إذا ادعت البالغة العاقلة إلى تزويجها من كُفْءٍ فامتنع فأما إذا دعت إلى غير الكُفْءِ، فَلَهُ أن يمتنع، ولا يكون عاضلاً وإذا حصلت الكفاءة فليس له الامتناع بعلة نقصان الْمَهْرِ لأن المهر يتمحض حَقًّا لها خلافاً لأبي حَنِيْفَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ ولا بُدَّ من ثبوت العضل عند الحاكم [ليزوجها](1).

قال في «التَّهْذِيْبِ» ولا يتحقق العضل، حتى يمتنع بين يدي الحاكم وذلك بأن يحضر الخاطب والمرأة والولي ويأمره الحاكم بالتزويج فيقول: لا أفعل، أو يسكت، فحينئذٍ يزوجها القاضي، وكان هذا فيما إذا [تيسر](2) إحضاره عند القاضي فأما إذا تعذر بتعزُّز أو توارٍ وجب أن يكون الإثبات بالْبَيِّنَةِ كما في سائر الْحُقُوقِ.

وفي «تعليق» الشَّيخ أبي حَامِدٍ ما يدل عليه وعند الْحُضُورِ لا معنى للبَيِّنَةِ، فإنه إن زَوَّجَ فقد حصل الغرض، وإلاَّ فَهُوَ عضل.

الثالث: غيبة الولي على ما سنذكره في الفصل الثالث من الباب الرابع إذا أراد أن يتزوج بنفسه، وسنبينه في الفصل الرابع.

هذه أسباب الولاية، ولا تلحق بها الوصاية، فليس للوصي ولاية التزويج سواء أطلق الموصي الوصاية، أو تعرض لتزويج البنات لِمَا مَرَّ في «باب الوصاية»، فلو لم نورد المسألة هنا اكتفينا بما ذكر في الوصاية لجاز.

وقال أَحْمَدُ: للوصي التزويج.

وعند مالك ـ رضي اللَّهُ عنه ـ: إذا أوصى إليه في التزويج فإن كانت البنت كبيرة زوجها الوصِيُّ بإذنها وإن كانت صغيرة وعين الموصي الزوج زوجها الوصي منه وإنْ لَمْ يعين انتظر بلوغها لتأذن.

وقوله في الكتاب: «وإنما يزوج البالغة» يجوز إعلامه بالحاء؛ لأن عنده يزوج الصغيرة أيضاً وفي هذا ما يغني عن قوله من بعد «وليس للسلطان أن يزوج الصغيرة».

وقوله: «أو غيبته، أو أراد الولي أن يتزوج بنفسه» معلمان بالحاء لما سيأتي في الفصلين المحال عليهما. وقوله: «ولا للوصي ولاية» معلم بالحاء والألف.

ونختم الفصل بكلامين:

أحدهما: أَنَّهُ عَدَّ أَسْبَابَ الْوِلاَيَةِ أربعة، وسيجيء الْخِلاَفُ في أن المالك يزوج أَمَتَهُ بحكم الملك، أم بحكم الولاية؟ فإن قلنا بالثاني صارت الأسباب خمسة.

---

(١) في ز: لو زوجها.

(٢) في ز: يئس.

والثاني: التعرض لمواضع تزويج السلطان كالخارج عن مقصود الفصل، لأنه مسبوق لبيان الأسباب وما يفيده كل واحد منهما، وهذا الغرض يحصل بإلحاق تزويجه بتزويج العصبات كما فعل في المعتق على أن تزويجه في كلِّ مَوْضِع منها مَعْلُومٌ لما ذكره في غير هذا المقام أما عند عدم الولي فلما ذكره في ترتيب [الأولياء][1] وأما العضل، فلقوله في السبب الأول «فإن عضل زوج السلطان»، فأما عند الغيبة ورغبة الولي في نكاحها فلما سيأتي في الفصل الثالث والرابع. واللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(الفَصْلُ الثَّانِي فِي تَرْتِيبِ الأَوْلِيَاءِ) وَالأَصْلُ القَرَابَةُ ثُمَّ الوَلاَءُ ثُمَّ السَّلْطَنَةُ، وَمِنَ الأَقَارِبِ الأَبُ ثُمَّ الجَدُّ (م) ثُمَّ الأَخُ ثُمَّ ابْنُهُ ثُمَّ العَمُّ ثُمَّ ابْنُهُ عَلَى تَرْتِيبِهِمْ فِي عُصُوبَةِ المِيرَاثِ، وَالأَخُ مِنَ الأَبِ وَالأُمِّ لاَ يُقَدَّمُ (ز ح م) عَلَى الأَخِ مِنَ الأَبِ فِي النِّكَاحِ عَلَى قَوْلٍ وَإِنْ قُدِّمَ فِي المِيرَاثِ وَصَلاَةِ الجَنَائِزِ وَالوَصِيَّةِ لِلأَقْرَبِ، وَالابْنُ لا يُزَوِّجُ أُمَّهُ بِالبُنُوَّةِ، وَلاَ تَمْنَعُهُ البُنُوَّةُ عَنِ التَّزْوِيجِ بِالوَلاَءِ وَغَيْرِهِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: الْجِهَاتُ المعيذة للولاية تقدم منها القرابة ويليها الولاء ويليها السَّلْطَنَةُ.

أَمَّا تَقَدُّمُ الْقَرَابَةِ على الولاء، فلاختصاص الأقارب بزيادة الاهتمام والشفقة، وأما تَقْدِيمُ الْوَلاَءِ على السَّلْطَنَةِ فلالتحاق الولاء بالنسب على ما قال ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ: «الوَلاَءِ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةُ النَّسَبْ»[2].

ثم السلطنة ويدل عليه قوله ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ «الْسُلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لاَ وَلِيَ لَهُ»[3]. ثم يقدم من الأقارب الأب، لأن سائر الأولياء يدلون به، ثم الجد، ثم أبوه إلى حيث ينتهي؛ لأن له ولادة وعصوبة فيقدم على من ليس له إلاَّ عصوبة، ثم الأخ من الأبوين، أو من الأب، ثم ابنه وإن سفل ثم العم من الأبوين، أو من الأب، ثم ابنه وإن سفل، ثم سائر العصبات والترتيب في التزويج كالتَّرْتِيْبِ في الميراث إلا في ثَلاَثِ مَسَائِلَ:

الأولى: الجد والأخ يستويان في اسْتِحْقَاقِ الإرث وها هنا تقدم الجد؛ لأن التزويج ولاية، واحتكام، والجد لزيادة شفقته أولى بالولاية، ولهذا اختصّ بولاية الْمَالِ.

والثانية: الأخ من الأبوين يقدم على الأخ من الأب في الميراث وها هنا قولان:

---

(١) في ز: العصبات لأولياء.

(٢) أخرجه الشافعي (٢/ ٧٢) (٢٣٧) وابن حبان والحاكم من حديث أبي يوسف القاضي، عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر، وسيأتي في باب الولاء إن شاء الله والحاكم (٤/ ٣٤١).

(٣) تقدم.

القديم ـ وبه قال أحمد ـ: أنهما سواء؛ لأن أخوة الأم لا تفيد ولاية النكاح، فلا يرجح بخلاف الإِرث، فإنَّ أخوة الأم تفيده.

وأصحهما ـ وَهُوَ الْجَدِيْدُ وبه قَالَ أَبُو حَنِيْفَةَ ومالك ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُما ـ والمزني: أنه يقدم كما في الميراث لزيادة القرب والشفقة، وليس كُلُّ ما لا يفيد لا يرجح؛ ألا ترى أنَّ الْعَمَّ من الأبوين يُقَدَّمُ على الْعَمِّ من الأب في الميراث، وإن كان العم من الأم لا يرث، ويجري القولان في ابني الأخ والعمين، وابني العم إذا كان أحدهما من الأبوين، والآخر من الأب وامتنع الإِمام من طرد الخلاف، فيما إذا كان [لها][1] ابنا عم أحدهما أخوها من الأم أو ابنا ابن عم أحدهما ابنها، توجيهاً بأن المعتمد في تقديم الأخ من الأبوين على الأخ من الأب أن اجتماع القرابتين قد يوجب قوة عصوبته، وهي عصوبة تفيد ولاية التزويج، وأخوة الأم في ابن العم لا تفيد عصوبة أصلاً، والبنوة في الصورة الأخرى تفيد قوة العصوبة، لكنها عصوبة لا تفيد ولاية التزويج، والأكثرون اكتفوا في طَرْدِ الْخِلاَفِ بزيادة القرابة الموجبة لزيادة الشفقة.

وقالوا في الجديد: يقدم الأخ والابن [ولو كان][2] لهما ابنا عم أحدهما من الأبوين، والآخر من الأب، لكنه أخوها من الأم، فالثاني أولى؛ لأنه يدلي بالأم، والأول يدلي بالجد والجدة، ولو كان لها ابنا ابن عم أحدهما ابنها والآخر أخوها من الأم، فالابن أولى، لأنه أقرب من الأخ، ولو كان لها ابنا معتق أحدهما ابنها، فهو مقدم على الآخر.

وبهذا أجاب ابن الحداد لكنه ذكر في التفريع أنه لو أراد المعتق نِكَاحَ عتيقته وله ابن منها وابن من غيرها زوجها منه ابنه منها دون ابنه من غيرها، وهذا غلط عند مُعْظَم الأَصْحَابِ مِن جهة أن ابن المعتق لا يزوجها في حياة المعتق؛ لأنه يدلي به؛ كما لا يزوج ابن الأخ مع الأخ، فإذا خطبها المعتق زوجها السُّلْطَانُ، وإنما يفرض من ابنه التزويج بعد موته، وهذا كله في الجديد.

وفي القديم: يسوى في الصور.

الثالثة: الابن في الميراث أولى الْعَصَبَاتِ، وفي التزويج لا ولاية له بالبنوة خلافاً لأبي حنيفة ـ ومالك وأحمد ـ رحمهم الله ـ؛ لأنه لا مشاركة بين الأم والابن في النسب، ولا يعني بدفع العار عن النسب؛ ولهذا لم نُثبت الولاية للأخ من الأم، فإن كان هناك مشاركة بأن كان ابنها ابن ابن عمها، فله الولاية، وكذا لو كان معتقاً أو قاضياً، أو فرضت قرابة أخرى تتولد من أنكحة الْمَجُوسِ، أَوْ مِنْ وطء شُبْهَةٍ بأن كان ابنها أخاها أو

---

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: فلو بان.

ابن أخيها أو ابن عمها، ولا تمنعه البنوة عن التزويج بالجهة ألأُخْرَى.

وقوله في الكتاب: «ثُمَّ الْجَدُّ، ثم الأخ» يجوز أن يكون عليه ميم؛ لأن صاحب الشَّامِلِ حكى عن مالك ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أَنَّ الأخ مُقَدَّمٌ على الجد.

وقوله: «على ترتيبهم في الميراث»، لا يمكن رده إلى جميع المذكورين؛ لأن الأخ في الميراث لا يتأخر عن الجد، وإنما يُرْجِعُ إلى من بعدهما.

وقوله: «لا يُقَدَّمُ على الأخ من الأب» معلم بالحاء والميم والزاي.

وقوله: «وإن قدم في الميراث، وصلاة الجنازة، والوصية للأقرب» [التقديم في الميراث لا خلاف فيه، وفي صلاة الجنازة والوصية للأقرب][1] طريقان ذكرناهما في البابين، فيجوز أن يعلما بالواو.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَأَمَّا المُعْتَقُ إِذَا مَاتَ فَعَصَبَاتُهُ، ثُمَّ مُعْتِقُهُ ثُمَّ عَصَبَاتُ مُعْتِقِهِ، وَتَرْتِيبُ عَصَبَاتِ المُعْتِقِ كَعَصَبَاتِ القَرَابَةِ، إِلاَّ أَنَّ أَخَ المُعْتِقِ يُقَدمُ عَلَى جَدِّهِ عَلَى رَأْيٍ وَيُسَاوِيهِ عَلَى رَأْيٍ، وَابْنُ الأَخِ أَيْضاً يُقَدَّمُ فِي وَجْهٍ، وَيُؤَخَّرُ فِي وَجْهٍ لِبُعْدِهِ، وَابْنُ المُعْتِقِ مُقَدَّمٌ عَلَى أَبِيهِ لأَنَّهُ العَصَبَةُ، وَإِذَا أَعْتَقَتِ المَرْأَةُ فَلَهَا الوَلاَءُ، وَتَزْوِيجُ العَتِيقَةِ إِلَى وَلِيِّ السَّيِّدَةِ، وَلاَ يُفْتَقَرُ إِلَى رِضَا السَّيِّدَةِ عَلَى الأَشْهَرِ، وَيُزَوِّجُهَا أَبُو السَّيِّدَةِ فِي حَيَاتِهَا، وَابْنُهَا (و) بَعْدَ وَفَاتِهَا.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَأَمَّا المعتق إِذَا مَاتَ فَعَصَبَاتُهُ ثُمَّ مُعْتَقَةٌ ثُمَّ عَصَبَاتُ مُعْتَقِهِ الَّتي لَيْسَتْ لَهَا أَحَدٌ مِنْ عَصَبَاتِ النَّسَبِ وَعَلَيْهَا وَلا ينظر فيها إِنْ كَانَ قد أعتقها رَجُلٌ فولاية التزويج له فإن لم تكن أو لم يكن بصفة الولاء، فلعصباته، ثم لمعتقه، ثم لعصبات معتقه، وهكذا على ترتيبهم في الميراث، وترتيب عصبات المعتق في التزويج كترتيب عصبات النَّسَبِ إلا في صُوَرٍ:

إحداها: جد المرأة أولى من أخيها وفي جد المرأة المعتق وأخيه قولان كما ذكرنا في الميراث:

أحدهما: أنهما يستويان.

والثاني: يتقدم الأخُ والتوجيه، والترجيح على ما بيناه هناك، وإذا اجتمع جد المعتق وابن أخيه، فإنْ قَدَّمْنَا الأخ على الجد فيقدم ابن الأخ أيضاً لقوة البنوة، وإن سوينا بين الأخ والجد، فيقدم الجد على ابن الأخ للقرب، وقد ذكرنا في الميراث وجهاً

---

(١) سقط في ز.

في التفريع على هذا القول، أنهما يستويان، فيجوز أن يطرد هنا.

والثانية: ابنُ الْمَرْأَةِ لا يلي تزويجها وابن المعتق يلي ويتقدم على أبيه عند الاجتماع؛ لأنه العصبة والأب معه صَاحِبُ فَرْضٍ.

الثالثة: ذكرنا في النَّسَبِ قولين في الأخ من الأبوين، والأخ من الأب أنهما يستويان أو يتقدم الأخ من الأبوين، وإذا اجتمع أخو الْمُعْتَقِ من الأبوين وأخوه من الأب فطريقان:

أحدهما: طرد القولين.

وأظهرهما: وبه أجاب الشَيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: القطع بتقديم الأخ من الأبوين؛ لأن التزويج بالولاء يتعلق بمحض العصوبة، وبالقرابة لا يتعلق بمحض العصوبة؛ ألا ترى أنَّ ابنَ الْمَنْكُوحَةِ لا يزوجها، وابن المعتق يلي التزويج، وَيَتَقَدَّمُ عَلَى ٱلأبِ، والأخ من الأبوين أقوى عصوبة بدليل الميراث.

وفي «النِّهَايَةِ» بدل هذه الطريقة طريقة قاطعة باستوائهما؛ لأن قرابة الأم لا أثر لها في الولاية [والولاء][1] وقد استويا في قَرَابَةِ ٱلأَبِ هذا إذا أعتقها رجل فإن أعتقتها امرأة، فلا ولاية لها، وإن كان لها الْوَلاَءُ، لأنه لا عبارة للنِّسَاءِ في النِّكَاحِ ومن يزوجها إن كانت [المعتقة][2] حَيَّةً فعن صاحب «التَّلْخِيصِ» أنَّ السُّلْطَانَ يزوجها؛ لأن من له الولاء ليس له التزويج، فكيف يزوج من يدلي به.

والمذهب المشهور أنه يزوجها من يزوج المعتقة، ويجعل الولاية عليها تبعاً للولاية على المعتقة، وعلى هذا فيزوجها أبو المعتقة، ثم جدها على ترتيب الأولياء، ولا تزويجها ابنُ الْمُعْتَقَةِ، ويشترط في تزويجها رضاها وفي رضى المعتقة وجهان:

أصحهما: أنه لا حَاجَةَ إليه؛ لأنه لا وَلاَيَةَ لَهَا وَلاَ إِجْبَارَ.

والثَّانِي: يشترط؛ لأن الولاء لها والعصبات يزوجون [لإِدْلاَيهِمْ][3] بها فلا أقل من مراجعتها، فعلى هذا إن [عضلت][4] ناب السُّلْطَانُ عَنْهَا في الإذن والتزويج إلى أوليائها، وَأَمَّا إذا ماتت المعتقة، فَمَنْ لَهُ الْوَلاَءُ على العتيقة من عصبات المعتقة هو الذي يزوجها، ويتقدم الابن على الأب عند الاجتماع، وتعود الصورة المذكورة في مفارقة عصبات الولاء عصبات النسب فيما إذا كان المعتق رجلاً هذا هُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ في طريق حياة المعتقة وموتها، ووراءه وجهان:

---

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في ز.
(٣) في ز: لأولادهم.
(٤) سقط في ز.

أحدهما: أَنَّ أَبَا الْمُعْتَقَةِ هُوَ الَّذِي يُزَوِّجُهَا وَإِنْ مَاتَتْ الْمُعْتَقَةُ؛ لأنه كان أولى بتزويج المعتقة، فَيُسْتَدَامُ هذا الْحُكْمُ في حق العتيقة.

والثاني: حكاه الشَّيْخُ أَبُو الْفَرَجِ السَّرْخَسِيُّ: أنه يزوج العتيقة في حياة المعتقة أيضاً ابنها؛ لأنه أحق بالعصوبة والولاء، وهذا قد نقله الإِمَامُ أيضاً عن رواية الشَّيْخِ أبي علي فَقَالَ: إنه حَكَى وَجْهَيْنِ فيما إذا كانت المعتقة حية أنه يزوج العتيقة أيضاً أبوها أو ابنها لكنه يتبين عند إمعان النَّظَرِ في كلام الشَّيْخُ أنه أراد حكاية الوجهين عند موتها لا في حياتها، وليعلم لما شرحناه.

قوله في الكتاب: «وتزويج العتيقة إلى ولي السيدة» بالواو وكذا قوله: «أبو العتيقة» ـ وكذا قوله: «وابنها بَعْدَ مَوْتِهَا».

فروع: مهما اجتمع عدد من عصبات المعتق في درجة كالبنين والأخوة، فهم كالأخوة في النَّسَبِ إذا زوجها أحدهم برضاها صح، ولا يُشْتَرَطُ رضى الآخرين.

ولو أعتق الأَمَةَ اثنان، فلا بدّ من رضاهما، فإما أن يوكلا أو يوكل أحدهما الآخر، أو يباشرا العقد معاً؛ لأن كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُعْتَقِيْنَ إنما يثبت له الولاء على بعضها بحسب الملك، فكما يعتبر اجتماعهما على التزويج قبل الإعتاق يعتبر في التزويج بعده. وإذا كَانَ المعتق واحداً، فالولاء على الجميع له، وَكُلُّ وَاحِدٍ من ابنيه قائم مقامه في تزويج عتيقته. ولو أراد أحد المعتقين أن يتزوج بها لم يجز إلاَّ بموافقة السلطان للآخر. ولو مات أحدهما عن ابنين، أو أخوين كفي موافقة أحدهما المعتق الآخر.

وَلَوْ مَاتَ كُلُّ وَاحِدٍ منهما عن ابنين كفي موافقة أحد ابني هذا أحد ابني ذلك.

وَلَوْ مَاتَ أحدهما وورثه الآخر استقل بتزويجها؛ لأنه استحق الولاء على جميعها.

فَرْعٌ: لو كان المعتق خُنْثَى مشكلاً ينبغي أن يزوجها أبوه بإذنه، ليكون قد زوجها وكيله بتقدير الذكورة، أو وليها بتقدير الأنوثة.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَالرَّقِيقَةُ نِصْفُهَا يُزَوِّجُهَا المَالِكُ مَعَ الوَلِيِّ أَوْ مَعَ الْمُعْتِقِ أَوْ مَعَ القَاضِي فَفِيهِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ**.

قال الرَّافِعِيُّ: في التي بعضها حر وبعضها رقيق وجهان:

أصحهما: أنه يجوز تزويجها وعلى هذا فالبعض الرقيق يتعلق تزويجه بمالكه، وفيمن يُزَوِّجُ معه اختلاف مبني على أنَّ مثل هذا الشَّخْصِ هل يورث؟.

وفيه قولان قدمناهما ـ فإن قلنا بالجديد ـ وهو أنه يورث؛ فوجهان:

أصحهما: وبه أجاب ابنُ الْحَدَّادِ: أنه يزوجها معه الولي القريب فإن لم يكن

فمعتق البعض الحر فإن لم يكن فالقاضي وفاءً بِحَقِّ الحرية.

والثاني: أنَّ الْقَرِيبَ لا يزوجها؛ لأن القرابة لا يجوز أن تثبت مع بعض الشخص دون بعض، فكذلك الولاية المرتبة عليها لا تتبعض. وعلى هذا فوجهان:

في وَجْهٍ: يزوجها معه معتق البعض؛ لأن الولاء قد ثبت على بعض الشخص فجاز أن تتبعض الولاية الثانية بها، وهذا أظهر عند الإِمَامِ.

وَفِي وَجْهٍ: يزوجها معه السُّلْطَانُ، والقريب يمنع المعتق من التزويج كما يحجبه عن الميراث. وأما السُّلْطَانُ فإنه يزوج بالولاية العامة إذا تعذرت الأسباب الخاصة، وإن قلنا: إنه لا يورث فيبني على أن ما ملكه ببعضه الحر يكون لمالك البعض، أو لبيت المال ـ وفيه وجهان سَبَقَ ذِكْرُهِمَا.

فإن قلنا: إنه لمالك البعض فوجهان مرويان في «الشَّامِلِ»:

أحدهما: أنه ينفرد المالك بتزويجها كما يجوز مَالها.

والثاني: يزوجها معه معتق البعض بالولاء.

وإن قلنا: إنه لبيت المال فيزوجها معه السُّلْطَانُ.

والوجه الثاني: في أصل الْمَسْأَلَةِ: أنها لا تزوج أصلاً لضعف الملك والولاية لتبعض الرق والحرية. وهذا كقول يُرْوَى في أنَّ السَّيِّدَ لا أم الولد يزوج لضعف الملك فيها فإذا تركت البناء واختصرت قلت: في الْمَسْأَلَةِ خَمْسَةُ أَوْجُهٍ لا تزوج يزوجها مالك البعض استقلالاً يوافقه القريب موافقة معتق البعض يوافقه السلطان، ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب «يزوجها المالك» بالواو للوجه الثاني، ولفظ «الولي» أراد به القريب وَإِلاَّ فالاسم ينظم المعتق والقاضي أيضاً.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(اَلْفَصْلُ الثَّالِثُ فِي سَوَالِبِ الوِلاَيَةِ) وَهُوَ أَرْبَعَةٌ: (الأَوَّلُ: الرِّقُّ) فَلاَ وِلاَيَةَ لِرَقِيقٍ، وَلَهُ عِبَارَةٌ فِي القَبُولِ، وَفِي التَّزْوِيجِ بِالوَكَالَةِ (و) بِإِذْنِ السَّيِّدِ وَغَيْرِ إِذْنِهِ.**

القول في موانع الولاية

قال الرَّافِعِيُّ: من موانع الولاية «الرق» لما في الرقيق من النقصان وعدم تفرغه للبحث والنظر، ويجوز أن يتوكل عن غيره في قَبُولِ النِّكَاحِ إذا أذن السَّيِّدُ، وإن لم يَأْذَنْ فكذلك في أَصَحِّ الوجهين وقد ذكرنا الْمَسْأَلَةَ في «الوكالة»، ولو توكل في التزويج ففيه وَجْهَانِ أوردهما صَاحِبُ «الكتاب» في «الوكالة» وَادَّعَى أَنَّ الأَظْهَرَ الجواز وَبِهِ أَجَابَ هُنَا، وَنَحْنُ قد بَيَّنَّا هناك أَنَّ الأَظْهَرَ عند عامة الأصحاب المنع؛ لأنه لا ولاية له على ابنته فلا ينوب فيها عن غيره، فليعلم قوله: «وفي التَّزْوِيجِ بالوكالة» بالواو. وليعلم أَنَّ

ٱلأَظْهَرَ خلافه وَأَمَّا قوله: «وله عبارة في القَبُولِ» فيمكن أن يفصل عما بعده، وحينئذٍ فيكون الْمُرَادُ أَنَّ عبارته في القبول صحيحة في الجملة، ويمكن أن يجعل متصلاً بما بعده فيكون المعنى أنَّ عبارته في القَبُولِ والإيجاب معاً بالوكالة صحيحة، وَعَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ يجوز أن يعلم قوله: «وغير إذنه» بالواو للوجهين في جواب قبوله بغير إِذْنِ السَّيِّدِ. وقوله في أول الْفَصْلِ ٱلأَوَّلِ: «الرق» كان من حق لفظ «السوالب» أن يقول: الأولى والثانية: لأنها جَمْعُ سَالِبَةٍ إلاَّ أنه ذكر على المعنى وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(الثَّانِي مَا يَسْلُبُ النَّظَرَ) كَالصِّبَا وَالجُنُونَ وَالعَتَهِ وَالسَّفَهِ وَالسُّكْرِ، والمَرَضِ الشَّدِيدِ المُلْهِي يَنقُلُ الوِلاَيَةَ إِلَى الأَبْعَدِ، وَالإِغْمَاءِ يَنْقُلُهَا بَعْدَ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ إِلَى السُّلْطَانِ، وَالجُنُونُ المُتَقَطِّعُ يَنْقُلُ (و) إِلَى الأَبْعَدِ، وَالعَمَى لاَ يَقْدَحُ عَلَى وَجْهٍ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ومن موانع الْوَلاَيَةِ مَا يَسْلُبُ النَّظَرَ وَالْبَحْثَ عَن حَالِ الأزواج واختيارهم، وَفِيْهِ صُوَرٌ:

إحداها: الصِّبَا يمنع الولاية؛ فإذا كان الأقرب صبيًّا زوجها الأبعد، ولا يخفى أن هذا إنما يتصور في غير الأب والجد، والجنون المطبق كالصَّبِي في منع الولاية ونقلها إلى الأبعد، وفي الْجُنُونِ الْمُنَقَطِّعِ وَجْهَانِ:

أحدهما: أَنَّ الْجَوَابَ كذلك، ويزوجها الأبعد في يوم جُنُونِهِ لبطلان أَهْلِيَّتِهِ وزوال ولايته في نفسه وماله، وَهَذَا أَصَحُّ عَنْدَ الْقَاضِي ابنِ كَجٍّ والإمام، وهو المذكور في «الْكِتَابِ».

والثاني: أنه لا يزيل الولاية؛ لأنه يشبه الإغماء من حَيْثُ إنه يَطْرَأُ ويزول وَهَذَا أَصَحُّ عَنْدَ صَاحِبِ «التَّهْذِيْبِ» وعلى هذا فعن الحَنَّاطِيِّ وغيره وجه: أنه يزوجها الحاكم كما في الغيبة والمشهور أنه ينتظر حتى يفيق وَالْخِلاَفُ جارٍ في [الثَّيب][1] المنقطع جنونها. فعلى رأيٍ: تزوج في حال الجنون. وعلى رَأْيٍ: ينتظر إفاقتها لتأذن.

ولو وكل هذ الولي في نوبة إفاقته فيشترط أَنْ يقع عقد الوكيل قبل مُعَاوَدَةِ الْجُنُونِ، وكذا إذا أذنت الثيب يشترط تقدم العقد على معاودة الجنون.

قال ٱلإِمَامُ رَحِمَهُ اللَّهُ: وإذا قصرت نوبة الإفاقة جداً لم يكن الحال حال تقطع الْجُنُونِ؛ لأَنَّ السُّكُوتَ اليسير لا بدّ وأن يعرض مع إطباق الجنون، ونقل وجهين للأصحاب فيما إذا أفاق وبقيت فيه آثار من الخبل يحتمل مثلها ممن لا يعتريه الْجُنُونُ على حدة في الخلق أنه تعود الولاية، أو يُسْتَدامُ حكم الجنون إلاَّ أن يصفو حاله عن الخبل.

---

(١) في ز: البنت.

الصورة الثانية: اختلال العقل والنظر إما لهرم أو لخَبَلٍ جبلي أو عارض يمنع ثبوت الولاية للعجز عن اختيار الأزواج، وعدم العلم بمواضع الحظ، وتنتقل الولاية إلى الأبعد وَالْمُفْلِسُ الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ ولي لكمال نظره، والحجر عليه لحق الغرماء لا لنقصان فيه.

وَأَمَّا السَّفِيْهُ المحجور عليه فالمشهور أنه لاَ يَلِي لأَنَّ الْحَجْرَ عليه لنقصانه، فلا [يحسن أن يفوض إليه][1] أمر غيره.

وَحَكَى صَاحِبُ «الْمُهَذَّبِ» مع هذا وجهاً جيداً: أنه يلي لأنه كامل النظر في مصالح النِّكَاحِ، وإنما حُجِرَ عَلَيْهِ لِئَلاً يضيع ماله، وإذا قلنا بالمشهور ففيه مُبَاحَثَةٌ وهي أن الحجر على السفيه قد يتعلق بِالْفِسْقِ كما يتعلق بالتَّبْذِيرِ حَتَّى لَوْ بلغ مفسداً لماله وفي دينه يستمر الحجر عليه ولو بلغ مصلحاً لهما ثم عاد الفسق، أو التبذير ففي إعادة الْحَجْرِ خِلاَفٌ مذكور في موضعه، وإِذَا حَصَلَ الْفِسْقُ وَقُلْنَا أَنَّهُ يَسْلُبُ الولاية، فَلاَ أَثَرَ لِلتَّبْذِيرِ ولا للحجر، وَإِنَّمَا يظهر أَثَرُهِمَا إِذَا لَمْ يوجد الْفِسْقُ أَوْ لَمْ يجعله سَالِباً للولاية، وَإِذَ وجد التبذير المقتضي للحجر ولم نحجر عليه بَعْدُ، فما ينبغي أن تزول الولاية.

الصورة الثالثة: الإِغماء إن كان مما لا يُدُومُ غالباً كهيجان المرة الصفراء، أو الصَّرَعُ فهو كالنَّوْمِ فينتظر إفاقته ولا يزوجها غيره، وَإِنْ كان مما يدوم يوماً أو يومين أو أكثر فوجهان:

أَحَدُهُمَا: نقل الولاية إلى الأَبْعَدِ كالجنون.

وأظهرهما: المنع؛ لأنه قَرِيْبُ الزَّوَالِ، وعلى هذا ففي «التَّهْذِيبِ» وغيره: أنه ينتظر إفاقته كالنَّائِمِ ينتظر استيقاظه.

وقال الإِمَامُ: ينبغي أن تعتبر مدته بالسَّفَرِ فإن كانت مدته مدة معلومة ينتظر فيها مراجعة الولي الغائب وقطع المسافة ذهاباً وإياباً، فينتظر إفاقته، وإن كانت مدة لا يؤخر التزويج فيها لمراجعة الْغَائِبِ ذِهَاباً وَإِياباً قيل يزوجها الحاكم فَكَذَا هنا، والرجوع في معرفة مُدَّتِهِ إلى أهل الخبرة، فإذا قالوا: إنه من القسم الثاني جاز تزويجها في الْحَالِ.

الصورة الرَّابِعَةُ: السُّكْرُ إن حَصَلَ بسبب يفسق به وقع الكلام فِي أَنَّ الْفَاسِقَ هل يلي؟. إن قلنا: لا يلي، فذاك.

وإن قلنا: يلي أَوَ حَصَلَ بسبب لا يفسق به بأن كَانَ مُكْرَهاً أو غالطاً فإن لم ينفذ تصرف السَّكْرَانُ فالسُّكْرُ كَالإِغْمَاءِ، وَإِنْ جَعَلْنَا تَصرُّفَهُ كتصرف الصَّاحِي، فمنهم من صَحَحَ تَزْوِيجَهُ، ومنهم من مَنَعَ لاختلال نظره وبه قال الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ.

---

(١) في ز: يصلح أن يلي.

والظاهر من ذلك كُلِّه أنه لا يزوج، وَأَنَّهُ ينتظر إفاقته وبه أَجَابَ في «التَّهْذِيبِ» ثم الخلاف فيما إذا بقي له تمييز، ونظر فأما الطامح الذي سَقَطَ تَمْيِيزُهُ بِالْكُلِّيَّةِ فكلامه لَغْوٌ.

الصورة الخامسة: الأسقام والآلام الشديدة الشاغلة عن النظر ومعرفة المصلحة تمنع الولاية وتنقلها إلى ٱلأَبْعَدِ كالجنون. هَذَا نَصُّهُ ـ وبه أخذ ٱلأَصْحَابُ، لكن ليس سكون الألم الشديد بِأَبْعَدَ من إفاقة الْمُغْمَى عليه، فإذا انتظرنا الإِفاقة في الإِغماء وَجَبَ أَنْ ينتظر السكون ها هنا وبتقدير عدم الانتظار يجوز أن يقال: يزوجها السلطان لا الأبعد كما في صورة الغيبة؛ لأن الأهلية باقية وشدة الألم مانعة من النَّظَرِ كالغيبة.

الصورة السَّادِسَةُ: للأعمى أن يتزوج بِلاَ خِلاَفٍ وهل له أن يزوج بالولاية؟.

فيه وجهان:

أحدهما: لا ـ لأَنَّهُ نقص يؤثر في الشهادة، فأشبه الصِّغَرَ.

وأصحهما: نعم؛ لأن المقصود يحصل بالبحث عن الغير والسَّمَاعِ منه، وإنما [لم][1] تقبل شهادته لتعذر التَّحمُّلِ عليه، ولهذا تقبل شهادته فيما تحمله قبل العمى.

واحتج له أيضاً بأن شعيباً عليه السَّلاَمُ زوج وهو مَكْفُوفُ البصر[2]، وَيَجْرِي مِثْلَ هَذِيْنِ الْوَجْهَيْنِ فِي أَنَّ ٱلأَخْرَسَ هل يلي ومنهم من قَطَعَ بِأَنَّهُ يَلِي، وَالْخِلاَفُ فيما إذا كانت له كناية، أو إشارة مُفْهَمَةٌ، فإن لم يكن فليس له التزويج، وَأَمَّا لَفْظُ الْكِتَابِ فقوله: «وَالْعَتَهُ» أَرَادَ به الْحَالَةُ الموجبة للاختلال فِي الرَّأْيِ والنظر في اختيار الأزواج، وصاحب هذه الحالة قد يُحَافِظُ عَلَى الْمَالِ، وَالْمُرَادُ من «السَّفَهِ» التبذير المحوج إلى الحجر وقوله: «تنقل الولاية إلى الأبعد» ممكن رده إلى قوله أولاً.

---

(١) سقط في ز.

(٢) أخرجه الحاكم [٢/٥٦٨] في المستدرك من حديث ابن عباس بإسناد لا بأس به أنه قال في قوله تعالى: ﴿وإنا لنراك فينا ضعيفاً﴾ قال: كان مكفوف البصر، وذكر الروياني في كتاب الشهادات من البحر، أنه لم يكن أعمى، وإنما طرأ عليه ذلك بعد النبوة وأداء الرسالة وفراغها، ومال إلى هذا شيخ شيوخنا تقي الدين السبكي ونصره، ورد ما يخالفه، وحديث ابن عباس الذي أوردناه يرد عليه والله أعلم، وقد اختلف في الذي زوج موسى واستأجره، هل هو شعيب أو غيره، فالأكثر على أنه شعيب، وعن ابن عباس هو يتري صاحب مدين، رواه ابن جرير ورجاله ثقات إلا شيخه سفيان بن وكيع، وعن الحسن هو سيد أهل مدين، وعن ابن إسحاق أنه حبر أهل مدين وكاهنهم، وعن أبي عبيدة أنه يترون ابن أخي شعيب، وفي مسند الدارمي والحلية عن أبي حازم سلمة بن دينار التصريح بأنه شعيب النبي عليه السلام.

فائدة: اسم ابنة شعيب التي تزوجها موسى: صفوراً، وأختها: شرقاء، رواه الحاكم في المستدرك أيضاً قاله الحافظ.

الثاني: ما يسلب النظر، وعطف المرض الشديد على الصفات المذكورة قبله، ويمكن قطع المرض عما قبله والاكتفاء بفهم المقصود من عد ما قبله مما يسلب النظر، وَعُدَّ مَا يَسْلُبُ النَّظَرَ من سوالب الولاية، وقوله: «والإغماء ينقلها بعد ثلاثة أيام» - أَيْ لِلسُّلْطَانِ - معلم بالواو للوجه المذكور في أنه تنتقل إلى ٱلأَبْعَدِ وَأَرَادَ بقوله «بَعْدَ ثَلاَثَةِ أَيَّام» أنه ينتظر هذه الْمُدَّةَ بعدما عرض الإغماء، وَهَذَا شَيءٌ ٱخْتَارَهُ صَاحِبُ «الْكِتَابِ» من عنده على ما بينه في «الوسيط»، ولم يتعرض له غيره.

وقوله: «والجنون المنقطع ينقل الولاية إلى الأبعد» معلم بالواو للوجه الذاهب إلى أنه ينقل إلى السلطان وللوجه الذاهب إلى أنه لا ينقل عنه أصلاً.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(الثَّالِثُ) الفِسْقُ (ح) يَسْلُبُ الوَلاَيَةَ عَلَى أَضْعَفِ القَوْلَيْنِ، وَالكُفْرُ لاَ يَسْلُبُهَا (و) بَلْ وَلِيُّ الكَافِرَةِ كَافِرٌ، وَإِنَّمَا يَسْلُبُهَا ٱخْتِلاَفُ الدِّينِ لِسُقُوطِ النَّظَرِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: فيه مَسْأَلَتَانِ:

المسألة الأولى: اختلف إشعار ألفاظ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - في ولاية الْفَاسِقِ، وللأصحاب فيه طُرُقٌ:

أشهرها: إثبات قولين:

أحدهما: وبه قَالَ أَبُو حَنِيْفَةَ ومالك - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا -: أَنَّهُ يلي؛ لأَنَّ الْفَسَقَةَ لم يمنعوا من التزويج في عصر الأولين[1].

---

(١) والتحقيق أن العدالة عند الحنفية ليست شرطاً في صحة العقد، وإنما هي شرط في كماله فقط، وعليه فالفسق لا يسلب الولاية وإنما يسلب الكمال فقط، وليس معنى هذا أنه إذا وجد البعيد العدل يقدم على القريب الفاسق فإن هذا بعيد؛ بل المعنى أن الولي العدل يترجح تقديمه على الولي الفاسق الذي في مرتبته، وهذا كله إذا كان الفاسق غير متهتك بأن كان مستتراً. أما المتهتك فقد قيل إنه لا يصح أن يتولى العقد لأنه ساقط عن درجة الاعتبار حينئذٍ وقد اشترط الإمام الشافعي العدالة في الولي ودليله النقل والعقل أما النقل فما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا نكاح إلا بولي مرشد» والمرشد بمعنى الرشيد، كالمصلح بمعنى الصالح. والفاسق ليس برشيد. وأما المعنى فلأن الولاية من باب الكرامة والفسق سبب الإهانة وهما ضدان لا يجتمعان. وأيضاً الولاية في النكاح نظرية فلا يؤمن عليها الفاسق. ويدل للحنفية على عدم اشتراط العدالة النقل والمعنى. أما النقل فعموم قوله تعالى: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم﴾ وقوله ﷺ: «زوجوا بناتكم الأكفاء» من غير تفصيل بين عدل وفاسق. وأيضاً فإن الناس على بكرة أبيهم من لدن رسول الله إلى وقتنا هذا يزوجون بناتهم من غير نكير فدل ذلك على أنه لا يشترط في الولي أن يكون عدلاً. وأما المعنى فهو أن هذه الولاية نظرية، والفسق لا يمنع من تحصيل النظر لنفس الفاسق ولا من الباعث عليه ولأن الشفقة ولأن حميته تمنع من أن يوقع وليَّتَهُ في الدناءة، =

والثاني: المنع، لأن الْفِسْقَ نقص يقدح في الشهادة، فيمنع الولاية كالرِّقِّ.

وقد روي عن ابنِ عَبَّاسٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ قَالَ: «لاَ نِكَاحَ إلاَّبِوَلِيٍّ مُرْشِدٍ وَشَاهِدَي عَدْلٍ»[1].

وبهذا قَالَ أَحْمَدُ في أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ.

والطريق الثاني: القطع بالمنع وهو قضية إيراد أبي عَلِيٍّ بن أَبِي هُرَيْرَةَ والطَّبَرِي وابن الْقَطَّان.

والثالث: القطع بأنه يلي ـ وهو اختيار القاضي أبي حَامِدٍ، وبه قال الْقَفَّالُ، والشَّيْخُ أبو مُحَمَّدٍ.

والرابع: أنَّ الأب والجد يليان مع الفسق، ولا يلي غيرهما والفرق كمال شفقهما وقوة ولايتهما.

والخامس: قال أبوا إِسْحَاقَ ـ رحمه الله ـ الأب والجد لا يليان مع الفسق وغيرهما يلي، والْفَرْقُ أنهما مُجْبَرَانِ فربما وضعاها تحت فاسق مثلهما. وغيرهما يزوج بالإِذن، فَإِنْ لَمْ يَنْظُرْ لَهَا نَظَرَتْ هِيَ لِنَفْسِهَا قال الإمام: ـ رَحِمَهُ اللَّهُ: وقياس هذه الطَّرِيقَةِ أن يزوج الفاسق ابنته الْبِكْرَ برضاها، وَإِنْ لَمْ يجبرها.

والسَّادِسُ: إن كان فسقه يشرب الخمر لم يَلِ لاضطراب نظره، وغلبة السُّكْرُ عليه، وَإِنْ كَانَ بسبب آخر فَيَلِي.

وذكر الحَنَّاطِيُّ وجهين في أن من يستسر بفسقه هل يلي تفريعاً عَلَى أَنَّ الْفَاسِقَ المعلن لا يلي، فيخرج من هذا طريق سابع فارق بين المعلن وغيره وأصحاب الطرق الأربع الأخيرة يحملون اختلاف [الألفاظ][2] على اختلاف الحالين، ثُمَّ في الْمَسْأَلَةِ فُرُوعٌ:

الأَوَّلُ: عَنِ الشَّيْخِ عن أبي عَلِيٍّ والقاضي حُسَيْن. وغيرهما إجراء الخلاف في ولاية المال بلا فَرْقٍ، ومنهم مَنْ [يدل كلامه][3] على القطع بالمنع؛ لأنهم احتجوا لقول

= ولأن الفاسق من أهل الولاية على نفسه فيكون من أهل الولاية على غيره ولأن ولاية الملك ثابتة له حتى يزوج أمته، ولأن الولاية حق يثبت بالتعصيب فلم يمنع منه الفسق كما لا يمنع من الميراث.

(١) أخرجه الشافعي [١٥٤٢] والبيهقي [١٢٤/٧] من طريق ابن خيثم عن سعيد بن جبير عنه موقوفاً، وقال البيهقي بعد أن رواه من طريق أخرى عن ابن خيثم بسنده مرفوعاً بلفظ: لا نكاح إلا بإذن ولي مرشد، أو سلطان، قال: والمحفوظ الموقوف، ثم رواه من طريق الثوري عن ابن خيثم به، ومن طريق عدي بن الفضل عن ابن خيثم بسنده مرفوعاً بلفظ: لا نكاح إلا بولي، وشاهدي عدل، فإن أنكحها ولي مسخوط عليه، فنكاحها باطل، وعدي ضعيف.

(٢) في ز: الأصحاب ألفاظ.

(٣) في ز: ترك كلامهم.

المنع بالقياس على ولاية المال، وَالظَّاهِرُ فيها المنع؛ وإنْ ثَبَتَ فيه الخلاف؛ لأَنَّ الْمَالَ محل الخيانات الخفية وَلأَنَّ أمر النِّكَاحِ خَطِيرٌ فالاهتمام بشأنه، وإن كان الشخص فاسقاً أقرب.

الثَّاني: في انعزال ٱلإِمَام ٱلأَعْظَم [بالفسق][1] وجهان قَدَّمْنَاهُما [و]الصحيح المنع، وَحِينَئِذٍ ففي تزويجه بناته، وبنات غيره بالولاية العامة وجهان تفريعاً على أَنَّ الْفَاسِقَ لا يَلِي.

أحدهما: أنه لا يزوج كغيره من الفسقة ويزوجهن من دونه من الولاة والحكام.

وأصحهما: أنه يزوج تفخيماً لشأنه، ولذلك لم يحكم بانعزاله[2].

الثالث: إذا تاب الفاسق ـ ذكر صاحب «التهذيب» في هذا الباب أَنَّ لَهُ التَّزْوِيجَ في الحال، ولا يشترط معنى مدة الاستبراء والقياس الظاهر، وَهُوَ الْمَذْكُورُ [في الكتاب][3] في «الشهادات» ـ أنه يعتبر الاستبراء لعود الولاية حَيْثُ يعتبر لقبول الشهادة وَسَنُفَصِّلُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى[4].

الرَّابِعُ: في «تعليق» الشيخ ملكداد القزويني عَنِ الْقَاضِي أبي سعد وجه: أنه إِذَا لَمْ نُثْبِتِ الْوَلاَيَةَ لِلْفَاسِقِ لم يكن له أن ينكح لنفسه أيضاً، وَالصَّحِيحُ خِلاَفُهُ؛ لأَنَّ غايته أن يضر بنفسه، وَيُحْتَمَلُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ مَا لاَ يُحْتَمَلُ فِي حَقِّ غَيْرِهِ، وَلِهَذَا يقبل إقراره عَلَى نَفْسِهِ، ولا تقبل شهادته على غيره.

الْخَامِسُ: ذَكَرَ أَبُو الْحَسَنِ العبادي وجهين في أَنَّا هل نثبت الولاية لذوي الْحِرَفِ الدَّنِيَّةِ إذا لم نثبتها للفاسق.

وقوله في «الْكِتَابِ»: «والفسق يَسْلُبُ الولاية» معلم بالحاء والميم.

---

(١) في ز: بالتفسيق.

(٢) قاله الأذرعي: قولهم ـ يعني الرافعي والنووي والبغوي ـ بالولاية العامة إذا لم يكن لها ولي إلا السلطان وقد بينه المتولي بقوله إن قلنا لا ولا للفاسق قال أصحابنا: لا يزوج ابنته أي بالولاية الخاصة ولكن يزوج الأيامى من المسلمين لأن تزويج البنت بالقرابة والفسق ينفي ولاية القرابة وولاية الأيامى بالسلطنة والفسق لا ينفي ولاية السلطنة وهو مطابق لكلام البغوي والرافعي، فإن ما نفاه المتولي وهو تزويجه لابنته بالولاية الخاصة كما فهمه ابن الرفعة في الكفاية عنه.

(٣) سقط في ز.

(٤) ما حكاه المصنف عن البغوي جزم به الخوارزمي في الكافي والقاضي الحسين، ذكر ذلك بالنسبة للفاسق بالعضل لا بالنسبة لكل فاسق.
قال في الخادم: وإشكال الرافعي قد ذكره صاحب الاستقصاء احتمالاً له، ونقله ابن البرزي وجهاً في فتاويه ثم قال بعد ذلك لو جرينا على ما حكاه الرافعي من التعميم بالنسبة لكل فاسق ففي الجواز طريقان: =

وقوله: «عَلَى أَضْعَفِ الْقَوْلَيْنِ» [معلم][(١)] بالواو للطرق النافية للخلاف وسماه أضعف القولين؛ تَرْجِيْحاً لقولنا أَنَّ الْفَاسِقَ يلي وبه يفتي أَكْثَرُ مَتَأَخِرِي الأَصْحَابِ لا سيما الخُرَاسَانِيُّونَ وَاخْتَارَهُ القاضي الرُّوْيَانِيُّ بعدما ذَكَرَ هُوَ وَغَيْرُهُ أَنَّ ظَاهِرَ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أَنَّهُ لا وَلاَيَةَ لَهُ، وَاحْتَجَّ مَنْ نصر إثبات الولاية بأن العضل فسق.

وَقَدْ نَصَّ الشَّافِعِيُّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ عَلَى أَنَّهُ تنتقل الولاية إلى الْقَاضِي دُونَ الأَبْعَدِ وقد يعترض عليه من وُجُوهٍ:

أحدها: أن الحَنَّاطِيَّ حكاه في كتابه وجهاً: أَنَّ الْفِسْقَ أيضاً ينقل الولاية إلى السُّلْطَانِ.

والثاني: أَنَّ المذكور في العضل رُبَّما كَانَ جَوَاباً عَلَى أَنَّ الْفَاسِقَ يلي.

والثالث: أَنَّ الْفِسْقَ إِنَّما يتحقق بارتكاب الْكَبِيْرَةِ أو الإصرار على الصَّغِيْرَةِ والعضل ليس من الكبائر، وَإِنَّما يفسق به إذا عضل مرات أقلها فيما حكى بعضهم ثلاث، وَحِيْنَئِذٍ فالولاية للأَبْعَدِ إِذَا جَعَلْنَا الْفِسْقَ سَالِباً لِلْوَلاَيَةِ.

الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: الكافر يلي تَزْوِيْجُ ابْنَتِهِ الْكَافِرَةِ؛ لأَنَّهُ أَقْرَبُ نَاظِرٍ، وهذا إذا كان لا يرتكب محظور في دينه، فإن كان يرتكبه فتزويج ابنته كتزويج الْمُسْلِمِ الفاسق ابنته وعن الْحَلِيْمِيِّ: أَنَّ الْكَافِرَ لا يلي التزويج، وَإِذَا أَرَادَ مسلم أَنْ يتزوج بذمية زوجها منه القاضي.

والمذهب الأول ـ وفرقوا بين الولاية والشهادة حيث لا تقبل شهادة الكافر، وَإِنْ كَانَ لا يَرْتَكِبُ مَحْظُورَ في دِيْنِهِ بأن الشهادة تخص ولاية على الغير، فلا يؤهل لها الكافر والولي في التزويج كما يرعى حظ المولية يرعى حق نفسه أيضاً بتحصينها ودفع الْعَارِ عَنْ النَّسَبِ، واختلاف الدِّيْنِ يمنع الموالاة والتوارث فلا يمنع يزوج المسلمة قريبها الكافر، بل يزوجها الأَبْعَدُ من أولياء النَّسَبِ أو الولاء أو السلطان[(٢)].

= **أحدهما**: أن المشروط في ولاية النكاح عدم الفسق لا قبول الشهادة ولهذا يزوج الولي المجبر وإن كان عدواً على الأصح، ومدة الاستبراء إنما تعتبر لقبول الشهادة.

والثاني: أن العدالة والفسق بينهما واسطة، فإن العدالة ملكة تحمل على ملازمة التقوى، ويشترط فيها اجتناب الكبائر والفاسق إذا تاب زال عنه اسم الفسق بالتوبة ولا يكون عدلاً حتى يحصل له تلك الملكة والاستبراء يحصلها والولي في النكاح لا يشترط في العدالة وإنما يشترط عدم الفسق وهذه قاعدة عظيمة ينتفع بها في مواضع، وكذا الكافر إذا أسلم لا يحكم بعدالته حتى تختبر، وليس بفاسق ما لم يصدر منه كبيرة.

(١) سقط في ز.

(٢) إطلاقه الأبعد في الولاء يتناول ما لو كان المعتق حياً وهو بغير صفة الولاية وهذا هو المذهب المعتمد ولا يغتر بمن قال خلاف ذلك.

ولا يزوج الكافرة قريبها المسلم، بل الأبعد الكافر وإن لم يكن زوجها قاضي المسلمين بالولاية العامة، فإن لم يكن هناك قاضٍ للمسلمين.

حكى الإمام عن إشارة صاحب «التَّقْرِيْبِ» أنه يجوز للمسلم قبول نِكَاحِهَا من قاضيهم والظاهر المنع.

وهل يزوج اليهودي النصرانية يمكن أن يلحق بالميراث ويمكن أنْ يَمْنَعَ؛ لأن اختلاف المِلَلِ وإن كانت باطلة منشأ العداوة وسقوط النظر، والمرتد لا ولاية له على [المسلمة][1] ولا على الكافرة وَلاَ عَلَى الْمُرْتَدَّةِ ـ قَالَهُ في «التتمة»[2].

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الرَّابِعُ) الإِحْرَامُ يَسْلُبُ (ح م) عِبَارَةَ العَقْدِ رَأْساً، وَهَلْ يَمْنَعُ مِنَ الانْعِقَادِ بِشَهَادَةٍ وَمِنَ الرَّجْعَةِ وَبَعْدَ التَّحَلُّلِ الأَوَّلِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ، وَقِيلَ: إِنَّهُ لاَ يَسْلُبُ بَلْ يُنْقَلُ إِلَى السُّلْطَانِ كَالغَيْبَةِ (ح م) إِلى مَسَافَةِ القَصْرِ عَلَى وَجْهٍ، أَوْ مَسَافَةِ العَدْوَى عَلَى وَجْهٍ حَتَّى لاَ يَنْعَزِلَ وَكِيلُ المُحْرِمِ، كَمَا لاَ يَنْعَزِلُ وَكِيلُ الغَائِبِ، وَإِنْ كَانَ الأَظْهَرُ أَنَّ الوَّكِيلَ لاَ يَتَعَاطَى فِي حَالَةِ إِحْرَامِ المُوَكِّلِ بَلْ بَعْدَهُ.

قال الرَّافِعِيُّ: هَذَا الْكَلاَمُ يَشْتَمِلُ عَلَى مَسْأَلَتَينِ:

إحداهما: إِحْرَامُ المتعاقدين، والمرأة يمنع صحة النِّكَاحِ خلافاً لأبي حَنِيْفَةَ ـ رَحِمَه اللَّهُ ـ[3].

---

(١) في ز: المسلمين.

(٢) قال النووي في زوائده: لا يزوّج مسلم كافرة إلا السلطان والسيد على الأصح وإذا زوّج أمة موليته، ولا يزوج كافر مسلمة إلاّ أمته وأم ولده على وجه، قاله الفوراني. والله أعلم.
قال الشيخ البلقيني: بقيت صورة رابعة وهي ما إذا زوج المسلم الكافرة المملوكة لمحجوره المسلم وكان الزوج أباً أو جداً. قال الشيخ جلال الدين: سألت عما لو وكل كافر مسلماً في إيجاب نكاح كافرة لكافر وهو ولي عليها، ويظهر فيها الجواز لأنه إذا كان إمام الحرمين ادعى أن الكافر يكون وكيلاً في إيجاب نكاح مسلمة على المذهب فما الظن بهذه المسألة. انتهى. والمذهب خلاف ما ذكره الإمام.

(٣) اختلف الفقهاء في الإحرام هل هو مانع من صحة النكاح أو لا؟.
فذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى القول بأن الإحرام يمنع من صحة النكاح، وأن النكاح يفسد إذا كان أحد الثلاثة، وهم الزوج، والزوجة والولي محرماً بحج أو عمرة، لأنهم يشترطون في صحة النكاح الخلو من الإحرام، وإلى هذا ذهب الليث، والأوزاعي، وهو قول عمر بن الخطاب، وعلي، وابن عمر، وزيد بن ثابت.
وذهب الحنفية إلى القول بأن إحرام أحد الثلاثة لا يمنع من صحة النكاح، =

. . . .

= وقالوا: يصح النكاح، ولو كان كل من الزوج والزوجة والولي محرماً.
واستدل المالكية، ومن معهم بالسنّة والأثر.
أما السنّة: ـ فما روي الجماعة إلا البخاري عن أبان بن عثمان قال: سمعت أبي عثمان بن عفان يقول قال رسول الله ﷺ «لاَ يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ وَلاَ يُنْكَحُ» زاد مسلم «وَلاَ يَخْطُبُ» وزاد ابن حبان في صحيحه «وَلاَ يَخْطَبُ عَلَيْهِ».
ووجه الدلالة من الحديث أن النبي ـ ﷺ ـ نهى المحرم عن أن ينكح، أو ينكح وهذا يشمل الزوج، والزوجة، والولي، والنهي إذا رجع لذات المنهي عنه يقتضي فساده، فيكون النكاح مع إحرام أحد الثلاثة فاسداً.
وأما الأثر: فما روي عن داود بن الحصين أن أبا غطفان المري أخبره أن أباه طريفاً تزوج امرأة، وهو محرم فرد عمر بن الخطاب نكاحه ـ ووجه الدلالة من هذا الأثر أن عمر بن الخطاب رد نكاح المحرم، وما ذلك إلا لفساده وإلا لما رده عمر وقد نوقشت هذه الأدلة بما يأتي.
أما الحديث فقد قيل لهم فيه ـ أن البخاري وهو معروف بدقته في الحديث ضعفه، فقد قال ابن العربي ضعف البخاري حديث عثمان وصحح حديث ابن عباس، فلو علم البخاري أن رواة حديث عثمان يساوون رواة حديث ابن عباس لصحح كِلاَ الحديثين، وعلى تسليم صحة حديث عثمان، وأن مُسَاوٍ لحديث ابن عباس نقول: إن معنى قوله ـ ﷺ ـ «لاَ يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ» لا يطأ فهو محمول على الوطء، أو النهي لكراهة، لكونه سبباً في الوقوع في الرفث. لأن عقده لنفسه ولغيره ممتنع، ولهذا قرنه بالخطبة، ولا خلاف في جوارها.
وإن كانت مكروهة، أو نقول أن النهي هنا ليس لذات المنهي عنه، بل لأمر خارج عنه، وهو الإِحرام، وهذا لا يقتضي فساد المنهي عنه.
ويقال لهم في الأثر المروي عن عمر بن الخطاب أنه معارض بما روي عن أنس بن مالك، فقد روي عن عبد الله بن محمد بن أبي بكر قال: سألت أنساً عن نكاح المحرم قال: وما بأس به هل هو إلا كالبيع، وإسناده صحيح.
وأما الحنفية فقد استدلوا على مذهبهم بالسنة والمعقول.
أما السنّة: ـ فما روى الأوزاعي عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس ـ رضي الله تعالى عنهما ـ أن النبي ـ ﷺ ـ تزوج ميمونة وهو مُحْرِمٌ.
ووجه الدلالة من هذا أن ابن عباس أخبر أن النبي ـ ﷺ ـ تزوج وهو محرم فدل ذلك على صحة نكاح المحرم؛ لأن ما صح له ـ ﷺ ـ يصح لأمته إلا إذا قام دليل على الخصوصية، ولا دليل هنا.
وأما المعقول، فقد قالوا: إن النكاح عقد كسائر العقود التي يتلفظ بها من شراء الأمة للتسري وغيره، ولا يفسد شيء من العقود بسبب الإِحرام.
وقد قيل للحنفية في حديث ابن عباس ما يأتي.
أولاً: ـ أن ميمونة وهي صاحبة القصة ردت أن تزوجها، وهو حلال وهي أعرف بالقضية من ابن عباس لتعلقها بها.
وثانياً: ـ أن المراد بالمحرم أنه في الحرم، فإنه يقال لمن في الحرم محرم، وإن كان حلالاً. قال الشاعر:

قتلوا ابن عفان الخليفة محرماً

أي في حرم المدينة. =

وعن مالك ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أنه ينعقد ثم يفرق بينهما بطلقة.

دليلنا ما رُوِيَ عَن عُثْمَانَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أَنَّ النَّبِيَّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ قَالَ: «لاَ يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ وَلاَ يُنْكَحُ»(١). وَهَذَا إِذَا كَانَ المزوج غير الإمام والقاضي وفيهما وجهان:

أحدهما: أَنَّ لَهُمَا التزويج في الإِحْرَامِ لِقُوَّةِ وِلاَيَتِهِمَا.

وَأَصَحُّهِمَا: الْمَنْعُ(٢) لإِطْلاَقِ الخبر.

= **ثالثاً**: ـ على تسليم أن النبي ـ ﷺ ـ تزوجها وهو محرم، فإن فعله معارض بقوله: «لاَ يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ» وإذا تعارض القول مع الغفل يرجح القول على الفعل.

رابعاً: ـ أن ذلك من خصائصه عليه الصلاة والسلام.

(١) أخرجه مسلم [١٤٠٩] من حديث أبان بن عثمان عن عثمان وفيه قصة، وزاد: ولا يخطب، وابن حبان وزاد: ولا يخطب عليه.

(٢) قال الشيخ البلقيني فوائد:.

الأولى: لو أحرم شخص وتزوج ولم يدر هل أحرم قبل تزويجه أم بعده ففي فتاوى النووي نقلاً عن نص الشافعي أنه يصح تزويجه وقاس عليه أصحابه من أحرم بعمرة ثم أدخل عليها الحج وشك هل كان إدخاله قبل الطواف أو بعده فإنه يحكم بصحة حجه حتى يتيقن أنه كان بعده وقد ذكر الماوردي ذلك لكن في النهاية في أواخر الطلاق أن العبد إذا طلق امرأته طلقتين وأعتقه سيده ولم يدر أكان العتق أسبق أو الطلاق واتفق الزوجان على الأشكال. عن ابن الحداد أنها تحرم حتى تنكح زوجاً غيره.

قال: وقد وافقه معظم الأصحاب، وذهب بعضهم إلى جواز العود والأول هو المذهب. وقد كتبت عن فتاوى القاضي الحسين في مسألة الوكالة عند التوكيل ما يشهد لما قررناه أولاً، ونظير ذلك ما لو صلى خلف إمام وشك هل كان متقدماً أو متأخراً وفيها كلام الشافعي والأصحاب، ولذلك نظائر كثيرة.

الثانية: إذا أحرم الإمام وقلنا بالأصح أنه لا يزوج فهل للقضاة ونوابهم التزويج حال إحرام الإمام وجهان ذكرهما الماوردي ومن تبعه، ولم يرجح شيئاً والأصح الجواز.

الثالثة: إذا كان السيد محرماً فأذن لعبده في التزويج أو كان ولي السفيه محرماً فأذن للسفيه في التزويج وكان أو العبد أو العبد أو السفيه حلالاً فهل يصح عقدهما بهذا الإذن حالة الإحرام؟ لم أقف على نقل في ذلك والأقرب المنع ولو كان الولي حلالاً فزوج أمة المحجور عليه وهي حلال والزوج حلال فالصواب الصحة. انتهى.

قال في القوت: لو أذن المحرم لعبده الحلال في النكاح. قال القاضي أبو الطيب في الحج من تعليقه حكى ابن المزربان عن ابن القطّان أن الإِذن باطل.

قال: قيل لابن القطّان فالمحرمة إذا أذنت لعبدها فيه قال: لا يجوز كالمحرم سواء. قال ابن المزربان في المسألتين. عندي نظر.

قال صاحب القوت: وقياس قول ابن القطّان أنه لو أذن الولي المحرم للسفيه في النكاح لم يصح وكان المأخذ أن المحرم ساقط العبادة في النكاح جملة فظهر ما بحثه في العبد منقولاً وما ذكره في السفيه بحثاً أيضاً موافق لبحث الأذرعي. قاله البكري.

ثم أثر الإِحرام ماذا. فيه وجهان:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ أَثَرَه سلب الولاية، وَنَقَلَهَا إلى الأبعد كالجنون.

وأظهرهما: أَنَّ أَثَرَهُ مجرد الامتناع دُونَ زَوَالِ الْوَلاَيَةِ لبقاء الرُّشْدِ وَالنَّظَرِ، وعلى هذا فيزوج السلطان كما في صورة الغيبة ولا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْإِحْرَامُ بالحج، أَوْ بالْعُمْرَةِ، ولا بين أَنْ يَكُونَ صَحِيْحاً أَوْ فَاسِداً.

وحكى الحَنَّاطِيُّ وجهاً: أَنَّ الْإِحْرَامَ الْفَاسِدَ لا يمنع صحة النِّكَاحِ وفي انعقاد النِّكَاحِ بشهادة المحرم وجهان.

قال الإِصْطَخْرِيُّ: لا ينعقد، لأَنَّهُ روي في بعض الروايات: «لا ينكح المحرم ولا يشهد»[(١)].

وَالْأَظْهَرُ الانْعِقَادُ؛ لأَنَّهُ ليس بعاقد ولا مَعْقُودٍ عليه لَكِنَّ الْأَوْلَى أن لا يحضر، وَفِي جَوَازِ الرَّجْعَةِ فِي الْإِحْرَام وجهان:

أحدهما: الْمَنْعُ كَابْتِدَاءِ النِّكَاحِ، وَهُوَ أَصَحُّ الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ.

وأصحهما: الْجَوَازُ؛ لأنها استدامة، فَأَشْبَهَتِ الإِمْسَاكُ فِي دَوَام النِّكَاحِ، وقد يبنى هذا الخلاف على أَنَّ الرَّجْعَةَ هل تفتقر إلى حُضُورِ الشُّهُودِ، فَإِنْ قلنا: نعم - أجريناها مَجْرَى الابتداء. وفي جَوَازِ النِّكَاحِ بين التحللين قَوْلاَنِ مَذْكُورَانِ في «الحج» بشرحهما. وَلَوْ أَنَّ صَاحِبَ «الْكِتَابِ» اكتفى بما سبق عن إعادته هنا لَجَازَ ومن فاته الحج، فهل له أن ينكح قبل التحلل بعمل عمرة، فيه وجهان رَوَاهُمَا الحَنَّاطِيُّ، ولو وكل حلال حلالاً بالتزويج، ثم أحرم أحدهما، أو أحرمت المرأة، ففي انعزال الوكيل وجهان بناءً على الخلاف السَّابِقِ في أنَّ الإِحْرَامَ هل يزيل الولاية أم لا، والظاهر أنه لا [ينعزل][(٢)]، حَتَّى يَجُوزَ لَهُ التزويج بعد التحلل بالوكالة السابقة، وَهَلْ لَهُ التزويج قبل تحلل الموكل أثبت صَاحِبُ «الْكِتَابِ» فيه وجهين حَيْثُ قَالَ: «وإن كان الأظهر [أن الوكيل][(٣)] لاَ يَتَعَاطَى في حالة إحرام الموكل بل بعده»، وَلَمْ أَرَ للخلاف ذكراً، فيما عثرت عليه مِنْ كُتُبِ الْأَصْحَابِ، ولم يتعرض له في «الوسيط»، ولا ذكره الإمام وإنما قَالاَ: قال الصَّيْدَلاَنِيُّ: لا يزوج الوكيل؛ لأن تنفيد تصرف النائب مع عجز الأصل بعيد، وهذا لا يوجب الخلاف، ولو جَرَى التَّوْكِيلُ في حال إحرام الموكل أو الوكيل أو المرأة، فينظر إن وكل

---

(١) قال النووي في شرح المهذب: قال الأصحاب: هذه الرواية غير ثابتة، وبهذا جزم ابن الرفعة، والظاهر أن الذي زادها من الفقهاء أخذها استنباطاً من فعل أبان بن عثمان لما امتنع من حضور العقد، فليتأمل.

(٢) في ز: يتعول. (٣) في ز: أنه.

ليعقد في حال الإِحرام لَم يَصِحْ وَإِنْ قال ليزوج بعد التحلل [صَحَّ][1]؛ لأن الإِحرام يمنع العقد دُونَ ألإِذْنِ، ومن ألحق الإِحرام بالجنون لم يصححه في حال إحرام الموكل.

وَلَو أَطْلَقَ التَّوْكِيلَ، فَهُوَ كالتقييد بما بعد التحلل، وَلَو قَالَ: إذَا حَصَلَ التَّحَلُّلُ، فَقَد وَكَّلْتُكَ فهنا تعليق الوكالة، وقد سبق الخلاف فيه وإذن المرأة في حال إحرامها على التفصيل المذكور في التوكيل، ولو وكل حلال محرماً ليوكل حلالاً بالتزويج، فَأَصَحُّ الوجهين الجواز؛ لأنه سفير محض لَيْسَ إِلَيْهِ مِنَ الْعَقْدِ شَيْءٌ واعلم أَنَّ إِيْرَادَ الْكِتَابِ يشعر بترجيح الوجه الصائر إلى أن الإِحرام يزيل الولاية، ويوجب النَّقْلَ إلى الأبعد وانعزال الوكيل، والأقرب عند الأكثرين خلافه كما بَيَّنَّا.

الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: إذا لم يكن الولي الأَقْرَبُ حاضراً ينظر، فَإِنْ كَانَ مفقوداً لا يعرف مكانه ولا موته ولا حياته، فيزوجها السلطان، لأَنَّ نِكَاحَهَا قَدْ تُعَذَّرَ من جهته، فَأَشْبَهَ ما إذا عضل، وَإِذَا انتهى الأَمْرُ إلى غاية يحكم فيها بالموت، ويقسم ماله بين ورثته على ما بَيَّنَّا في «الفرائض»، فَلا بُدَّ من نقل الولاية إلى الأبعد، وإن كان غائباً يعرف مكانه، فإن كانت الغيبة إلى مسافة تقصر فيها الصلاة، فيزوجها السُّلْطَانُ أيضاً، ولا يزوج الأبعد؛ لأن الغائب ولي بدليل: أَنَّهُ لو كان له وَكِيْلٌ لا ينعزل ويصح تزويجه في الغيبة، والتَّزوِيجُ حَقٌّ عليه، فإذا تعذر استيفاؤه منه ناب عنه القاضي.

وَعَنِ ابنِ سُرَيْجٍ فيما روى الحَنَّاطِيُّ أَنَّ الْغَيْبَةَ تنقل الولاية إلى ألأَبْعَدِ كالجنون.

وَحَكَى القَاضِي ابنُ كَجٍّ عن القاضي أبي حَامِدٍ سماعاً: أنه يفرق بين الملوك وأكابر الناس، فتعتبر مراجعتهم، وبين التُّجَّارِ، وأوساط الناس فلا تعتبر، وظاهر المذهب الأول. وإن كانت الغيبة إلى مسافة لا تَقْصُرُ فيها الصَّلاَةُ فوجهان:

أحدهما: أنَّ الْحُكْمَ كما في المسافة الطويلة؛ لأنَّ التزويج حق لها، وَقَد يَفُوتُ الْكُفْءِ الراغب بالتأخير، فتتضرر به و هو ظاهر لَفْظِ «الْمُخْتَصَرِ» فإنه قال: «وإن كان أولاهم مفقوداً أو غائباً غيبة بعيدة كانت، أو قريبة زَوَّجَهَا السُّلْطَانُ».

وأظهرهما: ويحكى عن نَصِّهِ في «الإِملاء»: أنها لا تزوج حَتَّى تُرَاجَعَ فتحضر، أو توكل؛ لأنَّ الغيبة إلى المسافة القصيرة كالإِقامة، ولو كان مقيماً في الْبَلَدِ لم يُزَوِّجْهَا الحاكم، فكذلك ها هنا ولفظ «الْمُخْتَصَرِ» محمول على بعد مدة الغيبة وقربها دون المسافة.

هكذا ذكر العراقيون من الوجهين أصحابنا وآخرون وفصّل مفصلون فقالوا: إن غاب إلى حيث لا تُقْصَرُ فيه الصَّلاَةُ نُظِرَ إن كان بحيث أن يتمكن المبكر إليه من الرجوع

---

(١) سقط في ز.

إلى منزله قبل مجيء الليل فَلا بُدَّ من مراجعته قطعاً، والوجهان فيما يجاوز ذلك، وهذا ما أورده صَاحِبُ «الْكِتَابِ» وإذا جمعت بين الطرفين تحصلت على ثلاثة أَوْجُهٍ ثَالِثُهَا الْفَرْقُ.

وقال أَبُو حَنِيْفَةَ وَأَحْمَدُ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ـ: إن كانت الغيبة منقطعة انتقلت الْوَلاَيَةُ إلى الأبعد، والغيبة المنقطعة [أن تكون][1] بحيث [تصل القوافل][2] إليه في السنة إلاَّ مَرَّةً، وفي تفسيرها رِوَايَاتٌ أُخَرُ.

وقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «كَالْغَيْبَةِ إِلى مَسَافَةِ الْقَصْرِ على وجه، أو على مسافة العدوى على وجه» ومسافة العدوى، فيما فَسَّرَ الإمام غيره، وهي التي يمكن قطعها في اليوم الواحد ذِهَاباً وَإِيَاباً كما قدمنا، وَأَمَّا لَفْظُ «العدوى» ـ ففي «الصِّحَاحِ» أنه الاسم من الإِعداء وَهِي الْمَعُونَةُ.

يُقَالُ: أعدى ألأَمِيرُ فلاناً على فُلاَنٍ، أي: أَعَانَهُ عَلَيْهِ ـ وَالْعَدْوَى أَيْضاً ما يعدى من جرب وغيره وَهُوَ مُجَاوزته من صاحبه إلى غيره، فَقِيْلَ لهذه المسافة مسافة العدوى؛ لأَنَّ الْقَاضِي يعدي من استعداه على الغائب إليها، فيحضره ويمكن أَنْ يُجْعَلَ مِنَ الإِعْداء بالمعنى الثَّانِي لسهولة المجاوزة من أَحَدِ الْمَوْضِعَيْنِ، إلى الآخر.

وإذا عرف ذلك، فمن حق هذا التَّفْسِيْرِ أن نقول: أو فوق مَسَافَةِ العدوى في وجه؛ لأَنَّ الغيبة إلى الحد المذكور لا عبرة بها على هذا الوجه، وَقَدْ ألحق لفظة فوق في النسخ المحدثة باللفظ.

وَقَالَ فِي «الْوَسِيطِ»: السُّلْطَانُ يزوج إِذَا كَانَتْ الغيبة فوق مسافة الْقَصْرِ، ولا يزوج إِذَا كَانَتْ دون مَسَافَةِ العدوى، وفيما بينهما وجهان، ولفظة «دون» على التَّفْسِيرِ المذكور مَطْرَحَةٌ. ولفظة «فوق» في مسافة الْقَصْرِ غير محتاج إليها.

فَرْعٌ: عَن نَصِّ الشَّافِعِيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أَنَّ السُّلْطَانَ لا يزوج الَّتِي تدعي غيبة وليها، حَتَّى يَشْهَدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ لَيْسَ لَهَا وَلِيٌّ حَاضِرٌ، وأنها خَلِيَّةٌ عَنِ النِّكَاحِ والعدة، وَاخْتَلَفَ ألأَصْحَابُ.

فمن قائل أَنَّهُ واجب احتياطاً للأبضاع إذ لا يؤمن أن يكون الولي قد زوجها في غيبته. من قائل إنه مجبوب ويجوز التَّعْوِيلُ على قولها، فإِنَّ الرُّجُوعَ في العقود إلى قول أَرْبَابِهَا وعلى هذا فلو ألحت على المطالبة، ورأى السُّلْطَانُ التَّأْخِيرَ هَلْ لَهُ وَذَلِكَ.

فيه وجهان: رواهما الإِمَامُ عَنِ ألأُصُولِيِّينَ، وَلاَ يُقْبَلُ فِي هَذَا الْبَابِ إلاَّ شَهَادَةُ من يطلع على باطن حالها كما في شهادة الإِعْسَارِ، وحصر الورثة، وَإِن كَانَ الوَلي الغائب

---

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: تكون القوافل تتصل.

ممن لا يزوج إلاَّ بالإذن فقالت: ما أذنت له، فَلِلْقَاضِي تَحْلِيفُهَا عَلَى نَفْي الإِذْنِ[١] والأولى أن يأذن الْقَاضِيُ للأبعد إِذَا غَابَ الأَقْرَبُ الْغَيْبَةَ الْمُعْتَبَرَةَ، حَتَّى يزوج أو يزوج القاضي بإذن الأَبْعَدِ للخروج من الخلاف، واللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(الفَصْلُ الرَّابِعُ فِي تَوَلِّي طَرَفَي العَقْدِ) وَالأَبُ يَتَوَلَّى طَرَفَي العَقْدِ فِي مَالِ طِفْلِهِ، وَلاَ يَتَوَلَّى الجَدُّ (ح م) طَرَفَي النِّكَاحِ عَلَى حَافِدِيهِ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ لِلتَّعَبُّدِ، وَالقَاضِي وَالمُعْتِقُ وَابْنُ العَمِّ لَيسَ لَهُمْ (ح م و) تَوَلِّي طَرَفَي النِّكَاحِ، وَلاَ يَكْفِيهِمُ التَّوْكِيلُ بَلْ يُزَوِّجُ مِنْهُمُ الحَاكِمُ، وَالإِمَامُ الأَعْظَمُ يَتَوَلَّى الطَّرَفَيْنِ عَلَى وَجْهٍ وَالوَكِيلُ مِنَ الجَانِبَيْنِ لاَ يَتَوَلَّى طَرَفَي البَيْعِ وَالنِّكَاحِ (ح).**

قال الرَّافِعِيُّ: قوله: «الأب يتولى طرفي العقد في مال طفله» قد ذكره من قبل، ولم يتولاهما.

قيل: لقوة ولايته وكمال شفقته وقيل: لِعُسْرِ مُرَاجَعَهِ السُّلْطَانِ فِي كُلِّ بَيْعٍ وشراء.

وقيل لمجموع المعنيين والجد في ذلك كالأب. ثُمَّ في الفصل مَسَائِلُ:

إحداها: هل يتولى الْجَدُّ طرفي النِّكَاحِ في تزويج بنت ابنه الصغيرة أَوِ الْبَالِغَةِ من ابن ابن آخر فيه وجهان:

أحدهما: نَعَمْ ـ لِقُوَّةِ وِلاَيَتِهِ.

والثَّانِي: لا؛ لأَنَّ خطاب الإِنسان مع نفسه لا ينتظم، وإنما جوزنا في البيع لكثرة وقوعه، وأيضاً فقد رُوِيَ مرفوعاً وموقوفاً أَنَّهُ لا نِكَاحَ إلاَّ بِأَرْبَعَةٍ: خَاطِبٌ وَوَلِيٌّ وَشَاهِدَينِ.

والوجه الأولى: هو اختيار ابن الْحَدَّادِ والْقَفَّالِ وَصَاحِبِ «الشَّامِلِ».

والثاني: اخْتِيَارُ صَاحِبِ «التَّلْخِيصِ» وجماعة من المتأخرين[٢].

فإن قلنا إنه يتولى الطرفين، فيشترط الإِتيان بشقي العقد أم يكفي أحدهما؟.

فِيهِ خِلاَفٌ مُرَتَّبٌ عَلَى الْخِلاَفِ فِي الْبَيْعِ إذا تولى طرفيه، وَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُهُ في كتاب «الْبَيْعِ» وَالنِّكَاحِ أَوْلَى باعتبارهما لما خص به من التعبدات، وَهُوَ اخْتِيَارُ ابنُ الْحَدَّادِ.

فإن قلنا: لا يتولاهما فإن كانت بالغة فيزوجها السلطان بإذنها ويقبل الجَدُّ النِّكَاحَ

---

(١) قال النووي: قال الغزالي: وللقاضي تحليفها أن وليها لم يزوجها في الغيبة إن رأى ذلك. ومثل هذه اليمين التي لا تتعلق بدعوى، هل هي مستحبة، أم واجبة؟ وجهان.

(٢) قال النووي: قال الرافعي في «المحرر»: رجح المعتبَرون الجواز. والله أعلم.
قال في الشرح الصغير: إنه أقوى الوجهين.

وإن كانت صغيرة وَجَبَ الصَّبْرُ إلى أن تبلغ فتأذن أو يبلغ الصغير فيقبل.

وكذلك حَكَى الشَّيْخُ أَبو عَلِيٍّ وغيره وَذَكَرَ الإِمَامُ تفريعاً على مَنْعِ التَّوْكِيلِ أَنَّهُ يرفع الأمر إلى السُّلْطَانَ، حَتَّى يتولى أحد الطرفين ويحتمل أَنْ يُقَالَ: يتخير ويتولى ما شاء منهما، ويحتمل أن يقال: يأتي بما يستدعيه الْوَلِيُّ. وهذا إن كان مَفْروضاً فيما إذا كان ابنُ الابنِ صغيراً، فَهُو مخالف للأصل المقرر أن غير الأب وَالْجَدِّ لا يزوج الصغيرة والابن الصغير ولكن يمكن فرضه فيما إذا كانت الولاية عليه بسبب الجنون، وَهَلْ لِلْعَمِّ تَزْوِيجُ بِنْتِ أَخِيْهِ وَلاِبْنِ الْعَمِّ تزويج بِنْتِ الْعَمِّ مِنَ الابْنِ الْبَالِغِ فِيْهِ هنا وَجْهَانِ:

أَظْهَرُهُمَا: نَعَمْ؛ لأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ تَوَلِّي الطَّرَفَيْنِ.

والثَّانِي: لا؛ لأَنَّهُ متهم فِي حَقِّ وَلَدِهِ وَرُبَّمَا عَرَفَ فِيْهِ مَنْفَعَةً فأخفاها، ومنهم مَنْ قَطَعَ بِالأَوَّلِ وَاسْتَشْهَدَ بِهِ لِلْوَجْهِ الذَّاهِبِ إِلَى تَجْوِيزِ بَيْعِ الوكيل المطلق من ابنه، وَقَد بَيَّنَّاهُ في «الوكالة» وَهَذَا إذا أطلقت الإذن وَجَوَّزْنَاهُ، فَأَمَّا إذا أذنت في التزويج منه فلا كَلاَمَ في جَوَازِهِ وإن زوجها من ابنه الطفل، فإن لم نجيز في البالغ فَهَا هُنَّا أَوْلَى، وَإِنْ جَوَّزْنَا هناك فها هنا وجهان.

والظاهر: المنع؛ لأنه نكاح يحضره أربعة.

المسألة الثَّانِيَةُ: ولي الْمَرْأَةِ إذا كان يجوز له نِكَاحُهَا كابن العم والمعتق والقاضي، وَرَغَب فِي نِكَاحِهَا لم يجز له أن يزوجها من نفسه، فيتولى الطرفين لما مرَ من الخبر، وَلَكِنْ يزوجها من في دَرَجَتِهِ كما إذا كان هناك ابنُ عَمٍّ آخَرَ، وإن لم يكن فِي دَرَجَتِهِ غيره زَوَّجَهَا مِنْهُ الْقَاضِي، وإذا كَانَ الرَّاغِبُ القاضي زوجها منه من فوقه من الولاة، أو خرج إلى قاضي بلدة أُخرَى ليزوجها منه، أو اسْتَخْلَفَ خَلِيْفَةً إذا كان له الاستخلاف فيزوجها منه - هذا هو ظَاهِرَ الْمَذْهَبِ، وهو المذكور في الكتاب ها هنا، وفي ابن العم وَجْهٌ آخَرُ أنه يتولى الطرفين وقد أورده صاحب «الْكِتَابِ» في «باب الوكالة»، ويجيء مِثْلُهُ في المعتق وفي القاضي أيضاً وَجْهٌ بَعِيْدٌ، ويقال إِنَّ أَبَا يَحْيَى البلخي ذَهَبَ إليه وأنه حين كان قاضياً بِدِمَشْقَ تزوج امْرَأَةً ولى أمرها من نفسه، وفي الإمام الأعظم وجهان معروفان:

أحدهما: أنَّ له تولي الطرفين؛ لأنه ليس فوقه من يزوجها.

وَأَصَحُّهُمَا: المنع فيزوجها القاضيُ منه بالولاية كما يزوج خليفة القاضي من القاضي.

ولو أَرَادَ أحد هؤلاء تزويجها من ابنه الصَّغِيْرِ، فَهُوَ كما لو أراد تزويجها مِنْ نَفْسِهِ، وَحَيْثُ جوزنا لأحدهم التزويج من نفسه، فَذَاكَ إذا سمته في إذنها، فأما إذا طَلَبَتِ الإِذْنَ وجوزنا، ففيه وَجْهَانِ حكاهما الحَنَّاطِيُّ.

المسألة الثالثة: من منعناه من تولي الطرفين لو وكل في أحد الطرفين، أو وَكَّلَ شخصين بالطرفين فيه وجهان:

أَحَدُهِمَا: أنه يجوز؛ لأن المقصود رِعَايَةُ التعبد في صورة العقد، وقد حصل.

وَأَصَحُّهُمَا: الْمَنْعُ؛ لأن فعل الوكيل فعل الموكل، وليس ذلك كتزويج خليفة القاضي من القاضي والقاضي من الإمام الأعظم، فإنهما يتصَرَّفَانِ بِالْوِلاَيَةِ لا بالوكالة، ومنهم من جَوَّزَ للجَدِّ التَّوْكِيلَ، ولم يجوزه لابن الْعَمِّ وَمَنْ فِي مَعْنَاه؛ لأن الجَدَّ ولي تام الولاية من الطرفين، وابن العم وَلِيٌّ من طرف وخاطب من طرف.

ولو وكل الولي رجلاً ووكله الْخَاطِبُ أيضاً ليتولى التزويج، والتزوج فَفِيْهِ خِلاَفٌ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ فِي «باب الوكالة»، وكذا في «الْبَيْعِ» لَو وَكَّلَ الْبَائِعُ والمشتري رجلاً، فالأَصَحُّ المنع، وبه أَجَابَ هنا، ويجري الْخِلاَفُ فيما لو وكل رجلاً بِأَنْ يزوج ابنته من نفسه.

واعلم قوله في الكتاب: «والأب يتولى طرفي البيع» بالحاء؛ لِمَا رُوِيَ عَن أبي حَنِيْفَةَ أَنَّ الْوَلِيَّ وَالْوَكِيلَ يتوليان طرفي النِّكَاحِ دون الْبَيْعِ.

وقوله: «لا يتولى الجَدُّ طرفي النِّكَاحِ» بالحاء والميم؛ لأَنَّ عندهما يجوز للجَدِّ تولي طرفي النِّكَاحِ.

وكذا قوله: «ليس لهم تولي طرفي النِّكَاحِ» بالواو أيضاً؛ لما قَدَّمْنَاهُ.

وقوله: «ولا يكفيهم التَّوْكِيلُ» بالواو والألف؛ لأَنَّ عند أَحْمَدَ يكفيهم التَّوْكِيلُ.

وقوله: «وَالْوَكِيلُ من الجانبين لا يتولى» بالواو.

وقوله: «والنِّكَاحُ» بالحاء.

فُرُوعٌ:

أحدها: هل لِلسَّيِّدِ تَزْوِيجُ أَمَتِهِ مِنْ عَبْدِهِ الصَّغِيرِ؟.

إذا جَوَّزْنَا له إجباره فيه وجهان، كتولي الجد طرفي النكاح.

الثاني: ابنا عَمّ أحدهما لأب، والآخر لأب وأم، وَأَرَادَ الأَوَّلُ نِكَاحَهَا يزوجها منه الثاني، وَإِنِ أَرَادَ الثَّانِي نِكَاحَهَا، فَإِنْ قُلْنَا إِنَّهُمَا يستويان يزوجها منه الأول، وإلاَّ فالقاضي.

الثالث: إِذَا قَالَتْ لابْنِ الْعَمِّ أو المعتق: زَوِّجْنِي أو زوجي مِمَّنْ شئت لم يكن للقاضي تزويجها منه بهذا الإِذن؛ لأَنَّ الْمَفْهُومَ منه التزويج من الغير، فَإِنْ قَالَتْ: زَوِّجْنِي مِنْ نَفْسِكَ.

حَكَى صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» عن بعض الأصحاب: أنه يجوز للقاضي تزويجها منه بذاك الإِذن.

قال: وعندي لا يجوز؛ لأنها إنما أذنت له لا للقاضي.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(الفَصْلُ الخَامِسُ فِي التَّوْكِيلِ)، وَلِلْمُجْبِرِ أَنْ يُوَكِّلَ وَعَلَيْهِ تَعْيِينُ الزَّوْجِ فِي قَوْلٍ، وَإِذَا أَذِنَتْ لِغَيْرِ الْمُجْبِرِ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينِ زَوْجٍ جَازَ فِي أَقْوَى القَوْلَيْنِ، وَإِذَا قَالَتْ: زَوِّجْنِي مِمَّنْ شِئْتَ لَمْ يُزَوِّجْ إِلاَّ مِنْ كُفْءٍ، وَإِذَا مَنَعَتْ غَيْرَ الْمُجْبِرِ مِنَ التَّوْكِيلِ لَمْ يُوَكِّلْ، وَإِنْ أَطْلَقَتِ الإِذْنَ كَانَ لَهُ التَّوْكِيلُ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: التَّوْكِيلُ بالتزويج، وَالتَّزَوُّجُ جائِزٌ لِمَا مَرَّ في كتاب الوكالة، ثم الولي لا يخلو إما أن يكون متمكناً من الإجبار، أو لا يكون فإن تمكن من الإجبار، فَلَهُ التَّوْكِيلُ من غير إذن الْمَرْأَةِ.

وفي كتاب الحَنَّاطِيِّ وجه: أنه لا بُدَّ من إذنها وعلى هذا فلو كانت صغيرة امتنع التوكيل بتزويجها، وهكذا حَكَى القَاضِي ابنُ كَجٍّ عن رواية القاضي أَبِي حَامِدٍ وَالْمَذْهَبُ الأَوَّلُ.

وإذا وكل فهل يشترط تَعْيِينُ الزوج؟.

فيه قولان ـ ويقال وجهان:

أحدهما: ويحكى عن نصِّهِ في «الإملاء» ـ: نَعَمْ لاختلافِ الأَغْرَاضِ باختلاف الأزواج، وليس للوكيل شفقة داعية إلى حُسْنِ الاخْتِيَارِ.

وأصحهما: أَنَّهُ لا يشترط؛ لأنه يَمْلِكُ التَّعْيِيْنَ في التوكيل، فيملك الإطلاق كما في «البيع»، وسائر التصرفات، وشفقته تدعوه إلى ألا يوكل إلاَّ من يثق بنظره واختياره، وأجرى هذا الخلاف في إذن الثَّيِّب في النِّكَاحِ وفي إذن الْبِكْرِ لغير الأب والجد هل يشترط فيه التعيين.

ومنهم من قطع ها هنا بِعَدَمِ الاشْتِرَاطِ فرقاً بِأَنَّ الإِذْنَ للولي يصادف من يعتني بدفع الْعَارِ عن النَسَبِ، ويحافظ على المصلحة، والتفويض إلى الوكيل بخلافه قَالَ الإِمَامُ: وَظَاهِرُ كَلاَمِ الأَصْحَابِ يقتضي طَرْدُ الْخِلاَفِ، وإن رَضِيتِ الْمَرْأَةُ بترك الكفاءة لكن الْقِيَاسَ تخصيص الْخِلاَفِ فيما إذا لم تَرْضَ به، فَأَمَّا إذا أسقطت الْكَفَاءَةَ، ولم تطلب الحظ، فلا معنى لاعتبار التعيين، وإن جَوَّزْنَا التَّوْكِيلُ الْمُطْلَقَ فَعَلَى الْوَكِيلِ رِعَايَةُ النَّظَرِ، فَلَو زَوَّجَ مِنْ غَيْرِ كُفْءٍ لَمْ يَصِح.

وفي كِتَابِ القاضي ابنُ كَجٍّ وَجهٌ آخَرُ: أنه يصح، ولها الْخِيَارُ فإن كانت صغيرة خُيِّرَتْ عَنْدَ الْبُلُوغِ، ولو خطب كفئان وأحدهما أشرف فزوج من الآخر لم يصح، وإذا جوزنا الإذن المطلَق فلو قالت: زوجني مِمَّنْ شِئْتَ، فهل له تزويجها من غير كُفْءٍ فيه وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: نَعَمْ ـ كما لو قالت: زَوِّجْنِي مِمَّنْ شِئْتَ كُفئاً كان، أو غير كفء، وهذا أظهر عند الإمام، وأبي الْفَرَجِ السَّرْخَسِيِّ وَغَيْرِهِمَا.

والثَّانِي: وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يجوز؛ لأنَّ الْكَفَاءَةَ لا تهمل ظاهراً، وَكَأَنَّهَا قالت: زَوِّجْنِي مِمَّنْ شِئْتَ من الأكفاء وهذا إذا كان الولي متمكناً من الإجبار، فأمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ إماً؛ لأنه غَيْرُ الْأَبِ والجد، أَوَ لأَنَّهَا ثَيِّبٌ فها هنا صور:

إِحْدَاهَا: إذا نهت عن التوكيل لم يكن له التوكيل؛ لأنها إنما تزوج بالإِذن، ولم يأذن في تزويج الوكيل.

والثَّانِيَةُ: أذنت في التزويج، وفي التوكيل في التزويج فله كل [واحد][1] منهما.

والثَّالِثَةَ: قَالَتْ وكل بتزويجي واقتصرت عليه فله التوكيل وهل له أن يزوج بنفسه؟.

فيه خلاف، وجه الجواز أنه يَبْعُدُ مَنْعُهُ مما له التوكيل فيه، وَكَانَ هَذَا أَظْهَرُ؛ لأنه قال في «النِّهَايَةِ» لو قالت: أذنت لك في التوكيل بتزويجي، ولا تزوجني بنفسك، فَالَّذِي ذَهَبَ إليه الْأَئِمَّةُ أَنَّهُ لا يَصِحُ الْإِذْنُ على هذا الوجه؛ لأَنَّهَا مَنعَتِ الْوَلِيَّ، وَرَدَّتِ التَّزْوِيجُ إلى الوكيل الأجنبي، فأشبه التفويض إليه ابتداء.

والرابعة: أذنت له في التزويج هل له التوكيل؟.

فيه وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأنه مَنصَرِفٌ بالإِذن، فلا يوكل إلاَّ بالإِذن كالوكيل.

وأصحهما: نعم؛ لأنه متصرفٌ بالولاية فأشبه الوصي، والقيم يتمكنان من ولاية التوكيل من غير إذن، ولو أنه وكل من غير مراجعة المرأة واستئذانها فَوَجْهَانِ:

أصحهما: على ما ذكر صَاحِبُ «التَّهْذِيبُ» [وغيره][2] أنه لا يجوز؛ لأَنَّهُ لا يملك التَّزْوِيجَ بِنَفْسِهِ حِينَئِذٍ فكيف يوكل غيره.

والثاني: يجوز؛ لأنه يلي تزويجها بشرط الإِذن، فَلَهُ تَفْوِيضُ ماله إلى غيره، وعلى هذا فيستأذن الولي أو الوكيل للولي، ثُمَّ يزوج، ولا يَجُوزُ أن يستأذن لنفسه، ثُمَّ إِذَا وَكَّلَ غَيْرُ المجبر بعد إذن المرأة هل يشترط تعيين الزوج إن أطلقت المرأة الإِذن، ففيه وجهان كما في توكيل المجبر.

قال الْإِمَامُ ـ رحمه الله ـ: وإِذَا كَانَتْ قَدْ عَيَّنَتَ الزَّوْجَ [سَوَاءَ][3] اعْتَبَرْنَا التَّعْيِينَ في

---

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في ز.
(٣) سقط في ز.

الإِذن أو لم نعتبره، فليذكر الولي للوكيل الزوج؛ فإن لم يفعل وزوج الوكيل من غيره لم يصح، وإن اتفق التزويج منه.

قال: ألأَظْهَرُ عندنا أَنَّهُ لاَ يَصِحُّ التَّزْوِيجُ؛ لأَنَّ التفويض مطلق، والمطلوب معين فاسد، وَهَذَا كما لو وكل الولي ببيع مَالِ الطِّفْلِ بما عَزَّ وَهَانَ، فباع بالغبطة، فإنه لا يصح لفساد صيغة التفويض، ولك أن تفرق بينهما بأن قوله «بما عَزَّ وَهَانَ» إذن صريح في البيع الممتنع شرعاً.

وقوله: وَكَّلْتُكَ بتزويجها لا تصريح فيه بالنِّكَاحِ الْمُمْتَنِعِ وَإِنَّمَا هُوَ لَفْظٌ مُطْلَقٌ، وكما يتقيد بالكفء جاز أن يتقيد بالكفء بالمعين وليعلم قوله في الكتاب: «وللولي الْمُجْبَرِ أن يوكل» بالواو.

وقوله: «[أقوى][(١)] في القولين» بالواو للطريقة [القاطعة بِعَدَمِ الاشْتِرَاطِ، وقوله: «لم تزوج إلاَّ مِنْ كُفْءٍ» بالواو][(٢)] أيضاً وكل ذلك لما قدمناه وقوله: «وإن أطلقت الإِذن»، أي: في التزويج أما إذا أَذِنَتْ في التَّوْكِيل فَلَهُ التَّوْكِيلُ لاَ مَحَالَةَ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلْيَقُلِ الوَلِيُّ لِلْوَكِيلِ بِالقَبُول: زَوَّجْتُ مِنْ فُلاَنٍ وَلاَ يَقُولُ: زَوَّجْتُ مِنكَ، وَيَقُولُ الوَكِيلُ: قَبِلْتُ لِفُلاَنٍ فَلَوْ قَالَ: قَبِلْتُ لَمْ يَكْفِ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَبِلَ نِكَاحاً وَنَوَى مُوَكِّلَهُ لَمْ يَقَعْ لِلْمُوَكِّلِ بِخِلاَفِ البَيْعِ.

[فصل في بيان لفظ الوكيل في عقد النكاح]

قال الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ الْفَصْلِ بَيَانُ لَفظِ «الْوَكِيلِ» فِي عَقْدِ النِّكَاحِ، فَإِذَا كان يزوج وكيل الولي من الخاطب، فيقول: زَوَّجْتُ بِنْتَ فُلاَنٍ مِنْكَ، وإذا كان يزوج الولي ويقبل وكيل الخاطب، فيقول: زَوَّجْتُ بِنْتِي مِنْ فُلاَنٍ، ويقول الْوَكِيلِ: «قَبِلْتُ نِكَاحَهَا له»، فلو لم يَقُلْ «لَهُ»، فعلى الْوَجْهَينِ الْمَذْكُورَينِ فيما إذا قَالَ الزَّوْجُ: «قَبِلْتُ» ولم يَقُلْ «نكاحها أو تزويجها». ولو قال: زَوَّجْتُ بِنْتِي مِنْكَ، فقال: «قَبِلْتُ نِكَاحَهَا لِفُلاَنٍ» لم ينعقد وَإِنْ قَالَ: «قَبِلْتُ نِكَاحَهَا» وقع العقد لِلْوَكِيلِ، وَلَمْ يَنْصَرِفْ بِالنِّيَّةِ إِلَى المُوَكِّلِ.

وَلَو جَرَى النِّكَاحُ من الوكيلين، فقال وكيل الولي: زَوَّجْتُ فُلاَنَةَ مِنْ فَلاَنٍ، وقال وكيل الْخَاطِبِ: قَبِلتُ نِكَاحَهَا لِفُلاَنٍ يصح وفي «البيع» يَجُوزُ أَنْ يَقُولَ الْبَائِعُ لِوَكِيلِ الْمُشْتَرِي: بعت منك، ويقول [الوكيل][(٣)] اشتريت، وينوي موكله، فيقع العقد له، وإن لم يسمه وَفَرَّقُوا بَيْنَهُمَا بِوَجْهَيْنِ:

---

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في ز.
(٣) في ز: المشتري.

أحدهما: أنَّ الزَّوْجَيْنِ في النِّكَاحِ بمثابة الثَّمَنِ والمثمن في البيع وَلاَ بُدّ من تسمية الثَّمَنِ والمثمن في الْبَيْعِ فَلاَ بُدَّ من تَسْمِيَةِ الزَّوْجَينِ في النِّكَاحِ.

والثاني: أنَّ الْبَيْعَ يرد على المال وأنه يقبل النقل من شَخْصٍ إلى شَخْصٍ، فيجوز أنْ يَقَعَ الْعَقْدُ للوكيل، ثم ينتقل إلى الموكل والنِّكَاحُ يرد على البضع، وأنه لا يقبل النقل، ولهذا لو قبل النِّكَاحَ وِكَالَةً عن غَيْرِهِ، وأنكر ذلك الغير الوكالة لا يصح النِّكَاحُ.

ولو اشترى بالوكَالَةِ وَأَنْكَرَ الوِكَالَةَ وَقَعَ الْعَقْدُ لِلْوَكِيلِ.

ولو قال وَكِيلُ الزَّوْجِ أَوَّلاً: قَبِلْتُ نِكَاحَ فُلاَنَةِ مِنْكَ لِفُلاَنٍ.

ثم قال وَكِيلُ الوَلِيِّ: زوجتها من فُلاَنٍ جاز، ولو اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ زَوَّجْتُهَا ولم يقل مِنْ فُلاَنٍ، فَعَلَى الخلاف السابق، وإذا قَبِلَ الأَبُ النِّكَاحُ لابنه بالوِلاَيَةِ فيقول المُزَوِّجُ: زوجت فلانة من ابنك ويقول الأب: قَبِلْتُ النِّكَاحَ لابني، وهذا كله؛ لأَنَّ التزويج يقع من الموكل والمولى عليه لا مِنَ الْخَاطِبِ، والبيع يتعلق بالمخاطب دون من له العقد كما بَيَّنَّا في «الوكالة».

ولهذا لو قال: زوجها من زيد، فقبل النِّكَاحَ لِزَيْدٍ وكيله صَحَّ، ولو حَلَفَ ألاَّ ينكح فقبل له وكيله يحنث، ولو قال: بع من زيد فَبَاعَ من وكيل زيد لا يصح، ولو حلف لا يشتري فاشترى له وكيله لم يحنث.

وَهَذِهِ صُوَرٌ أُخَرُ، فيما يتعلق بالتوكيل إذا كانت ابنته منكوحة أو معتدة، فقال: إِذَا طَلَّقَهَا زَوْجُهَا، وانقضت عِدَّتُهَا فقد وكلتك بتزويجها، ففي «التَّهْذِيبِ» أنه على القولين كما لو قال: إذا مضت سَنَةٌ فقد وَكَّلْتُكَ بتزويجها واللَّهُ أَعْلَمُ.

وهذا جواب على أنه لو قال: وكلتك بتزوج ابنتي إذا طَلَّقَهَا زَوْجُهَا يصح كما إذا قال زوجها: إذا مضت سَنَةٌ؛ لكن في صحة هذا التوكيل وَجْهٌ آخَرُ: وقد ذكرنا حالهما في «الوكالة».

ولا يشترط في التوكيل بِالتَّزوِيجِ ذكر الْمَهْرِ لكن لو سمى قدراً لم يصح التزويج بما دونه كما لو قال: زَوّجها في يوم كذا، أو في مكان كذا، فَخَالَفَ الْوَكِيلُ لَم يَصِحْ. ولو أطلق التوكيل فزوج الوكيل بما دون مَهْرِ الْمِثْلِ، أَوْ لَمْ يَتَعَرَّضْ لِلْمَهْرِ أو نفاه، فيه خلاف نورده في آخر الباب الثاني من «كتاب الصداق»؛ لأن صاحب «الكتاب» ذَكَرَ ما يُقَارِبُ الْمَسْأَلَةَ هناك.

ولو وَكَّلَ رجلاً بقبول نِكَاح امرأة وسمى مَهْراً لم يصح القبول بما زاد عليه، وَإِنْ لَمْ يسم فليقبل نكاح امرأة تكافئة بمهر المثل، أو أقل فإن قَبِلَ نِكَاحَ من لا تكافئه لم يصح، وإن قبل بأكثر من مهر المثل أو بغير نقد البلد أو بعين من

[أعيان][(١)] أموال الموكل أو من مال نفسه فوجهان:

أحدهما: يَصِحُّ النِّكَاحُ وعلى الموكل مَهْرُ الْمِثْلِ مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ. وبه قال أَبُو حَنِيْفَةَ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ.

والثاني: لا يصح كما لو باع الوكيل [بالبيع][(٢)] بغير نَقْدِ الْبَلَدِ أو بأقل من ثمن المثل. هكذا فَصَّلَ الْمَسْأَلَةَ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» ولك أن تَتَوَقَّفَ فِيْ مَوْضِعَيْنِ:

أحدهما: إِطْلاَقُ التوكيل في [قبول][(٣)] نِكَاحِ امرأة؛ لأنه قَدْ مَرَّ أَنَّهُ لو وكله بشراء عَبْدٍ أو ثَوْبٍ، فلا بُدَّ من أن يُفَصِّلَهُ، ويبين نوعه إذا لم يكف الإِطلاق هناك فلأن لا يكفي ها هنا بل أولى.

والثَّانِي: الحكم بالبُطْلاَنِ إذا قبل نِكَاحَ من لا تكافئه؛ لأنا سنذكر أنَّ للولي أَنْ يزوج من الصغير من لا يكافئه، وإذا جاز ذلك للولي، فليجز للوكيل عند إطْلاَقِ التَّوْكِيلِ. وَلَوْ قَالَ: اقبل لي نِكَاحَ فُلاَنَةِ على عَبْدِكَ هذا فَقَبِلَ فالنِّكَاحُ صَحِيْحٌ، وَفِي الْعَبْدِ وَجْهَانِ:

أصحهما: أنَّ الْمَرْأَةَ لا تملكه، بل على الزَّوْجِ مَهْرُ الْمِثْلِ.

والثاني: تملكه، وعلى هَذَا فَهُوَ فَرْضٌ عَلَى الزَّوْجِ، أو مَوْهُوبٌ منه ففيه وَجْهَانِ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(الفَصْلُ السَّادِسُ فِيمَا يَجِبُ عَلَى الوَلِيِّ)، وَيَجِبُ (و) عَلَى الأَخِ الإِجَابَةُ إِذَا طَلَبَتَ النِّكَاحَ إِنْ كَانَ مُتَعَيِّناً، فَإِنْ كَانَ لَهُ أَخٌ آخَرُ لَمْ يَجِبْ فِي وَجْهٍ، وَإِنْ عَضَلُوا زَوَّجَ السُّلْطَانُ، وَعَلَى المُجْبِرِ تَزْوِيجُ المَجْنُونَة إِذَا تَاقَتْ، وَلاَ يَجُوزُ تَزْوِيجُ مِنَ الصَّغِيرِ، وَلاَ تَزْوِيجُ الصَّغِيرَةِ قَبْلَ البُلُوغِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: الولي إما مجبر أو غيره:

إن كان مجبراً فقد ذَكَرْنَا أَنَّ عَلَيْهِ الإِجَابَةَ إلى التزويج إذا الْتَمَسَتِ الْمَرْأَةُ، ويجب عليه تَزْوِيجُ الْمَجْنُونَةِ، والتزويج من المجنون عَنْدَ مَسِيْسِ الْحَاجَةِ إِمَّا بظُهُورِ أَمَارَاتِ التَّوَقَانِ، أو بتوقع الشِّفَاءِ عَنْدَ إِشَارَةِ الأَطِبَّاءِ، وَلاَ يَجِبُ عَلَيْهِ التَّزْوِيجُ مِنْ ابْنِهِ الصَّغِيرِ، ولا يزوج البنت الصغيرة؛ لأنَّه لاَ حَاجَةَ في الحَالِ لكن لو ظَهَرَتِ الْغِبْطَةُ في تزويجها، ففي الوجوب نَظَرٌ للإِمَامِ، وجه الْوُجُوبِ أَنَّهُ يجب عليه بيع مَالِهِ إذا طَالَبَ بزيادة، فكذلك ها هنا، وَقَدْ يُحْتَجُّ له بِمَا رُوِيَ أَنَّهُ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ قَالَ لِعَلِيٍّ ـ رَضِيَ

---

(١) سقط في ز. (٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

اللَّهُ عَنْهُ: «لا تؤخر أربعاً»(١) وذكر منها تَزوِيجَ«الْبِكْرِ إذا وجدت لها كُفئاً»، وأجرى التردد في التَّزْويجِ من الصَّغِيرِ عَنْدَ ظُهُورِ الْغِبْطَةِ؛ لكن الْوُجُوبَ فيه أبعد لما يلزمه من المؤن، وَأمَّا غير المجبر فإن كان متعيناً كأخ واحد وعم واحد، فَعَلَيْهِ الإِجَابَةُ إذا التمست التزويج، كالمجبر ويجيء فيه الْخِلاَفُ المذكور هناك، فيجوز إعْلاَمُ قوله، ويجب على الأخ الإِجابة بالواو، وإن لم يكن متعيناً كالأخوة والأعمام والتمست التزويج من بعضهم، ففي الإِجابة وجهان كالوجهين فيما إذا كان في الواقعة شهود، فدعي بعضهم إلى أداء الشهادة، والأظهر وُجُوبُ الإِجَابَةِ وإذا عَضَلَ الْوَاحِدُ أو الجماعة، يزوج السُّلْطَانُ كما سبق قوله «قبل البلوغ» ضائع.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَيَجِبُ حِفظُ مَالِ الطِّفلِ وَاسْتِنْمَاؤُهُ قَدراً لاَ يَأْكُلُهُ النَّفَقَةَ، فَإِنْ تَبَرَّمَ الوَلِيُّ بِهِ فَلَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ مَنْ يَعْمَلُ، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذ أُجْرَةً يُقَدِّرُهَا القَاضِي لَهُ، وَيَجِبُ عَلَيْهِ البَيْعُ إِذَا طَلَبَ مَتَاعَهُ بِزِيَادَةٍ، وَكَذَلِكَ الشِّرَاءُ إِذَا بِيعَ رَخِيصاً إِذَا لَمْ يَشْتَرِ لِنَفْسِهِ، وَإِذا قَبِلَ النِّكَاحَ لابْنِهِ لَمْ يَصِرْ ضَامِناً لِلمَهْرِ فِي الجَدِيدِ، وَإِذَا تَبَرَّعَ أَجْنَبِيٌّ بِحِفْظِ مَالِ الطِّفْلِ لَمْ يَكُنْ لِلأَبِ (و) أَخذُ الأُجْرَةِ، ولِلأُمِّ أُجْرَةُ الإِرْضَاعِ وَإِنْ وَجَدْنَا (و) أَجْنَبِيَّةً مُتَبَرِّعَةً.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هذه الْمَسَائِلُ وإن كانت متعلقة بتصرف الولي للطفل؛ لكن لا اختصاص لها بباب النِّكَاحِ إلاَّ بمسألة واحدة وهي: أن الأب إذا قَبِلَ النِّكَاحَ لابْنِهِ هَلْ يَكُونُ ضَامِناً لِلمَهْرِ ولنقدمها فنقول: إذا قَبِلَ لابنه الصغير أو المجنون نكاح امرأة بصداق من مَالِ الابن، فإن كان عيناً فذاك، ولا تعلق له بالأب وإن كان ديناً فقولان:

القديم: أنَّ الأَبَ يكون ضامناً للمهر بالعقد للعرف.

والجديد: أَنَّهُ لا يكون ضامناً إلاَّ أَنْ يَضْمَنَ صريحاً كما لو اشترى لطفله شيئاً يكون الثمن عليه لا على الأب، وتكلموا في موضع القولين من وجهين:

[أحدهما](٢) قال القَاضِي ابنُ كَجٍّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ: القولان فيما إذا أطلق، فَأَمَّا إذا شرط كونه على الابن، فهو على الابن لا غير.

والثَّانِي: العراقيون والشيخ أبو علي وعامة الأصحاب خَصُّوْا القولين بما إذا لم يكن للابن مَالٌ، وقطعوا فيما إذا كان له مَالٌ بأن الأب غير ضامن، وَمِنْهُم من طَرَدَ الْقَوْلَيْنِ في الحالين وهو الموافق لإِطلاق لفظ الكتاب.

التفريع: إذا قلنا بالجديد، فلو تبرع بالأداء لم يرجع وكذا الأجنبي وإن ضمن

---

(١) تقدم.

(٢) سقط في ز.

صريحاً وغرم فقصد الرجوع ها هنا ينزل منزلة إذن المضمون عنه، فَإنْ ضمن على قصد الرجوع وغرم بقصد الرجوع يرجع، وإلاَّ فعلى الخلاف المذكور في الضَّمَانِ بغير الإذن، والأداء بغير الإذن، وإن ضمن بشرط براءة الأصيل فعن القاضي الْحَسَين أنَّا إن لم نصحح الضمان بشرط براءة الأصيل فهذا ضَمَانٌ بشرط فَاسِدٌ شرط في عقد الصداق، وقد سبق ذكر القولين في أنَّ شَرطِ الضَّمَانِ الْفَاسِدِ وَالرَّهنُ الْفَاسِدُ في العقد هَلْ يَتَضَمَّنُ فَسَادَ الْعَقْدِ؟ وإن صححنا الضمان بشرط براءة الأصيل فها هنا يجب أن يكون الشرط فاسداً؛ لأن العقد يستدعي ثُبُوتَ الْعِوَضِ في ذِمَّةِ الْمَعْقُودِ له، وفي غير هذه الصُّورَةِ الدَّينُ ثَابِتٌ مُسْتَقِرٌ، فلا يبعد سقوطه، وإذا فسد الشرط ففي فساد الضمان وجهان مذكوران في «الضَّمَانِ». وإذا قلنا بالقديم فغرم.

فجواب الشَّيْخ أبي علي أنه لا يرجع به على الابن كما لا ترجع العاقلة على الجاني؛ لأن كُلَّ وَاحِدٍ منهما غرم لزم بالشَّرْعِ ابتداء.

ويحكى مثله عن القاضي الحسين واعترض الإمام بأن الأب نُصِّب للنظر ورعاية مصلحة الابن، فكيف نجعل نظره وتصرفه موجباً للمغارم الثقيلة عليه وليس كذلك العاقلة مع الجاني، وتحقق الْفَرْقُ أنه تتوجه المطالبة على الابن ولا تتوجه على الجاني، فعلى هذا يرجع إن قصد الرجوع عند الأداء، وهذا ما أورده صاحب «التَّهْذِيبِ» ولو شرط الأب ألا يكون ضامناً فعن القاضي الحسين أنه يبطل العقد على القديم.

قال ألإِمَامُ: وَهَذَا وَهُمٌ مِنَ ألآخِذِيْنَ عنه، فإن النِّكَاحَ لا يفسد بمثل ذلك، ولعله قال: يبطل الشرط ويلزم الضمان.

ثم في الفصل مَسْأَلَتَانِ:

المسألة الأولى: يجب على الولي حفظ مال الطفل وصونه عن أسباب التَّلَفِ، وعليه استنماؤه قدر ما تأكل النفقة والمؤن المال إن أمكن ذلك، ولا يجب عليه المبالغة في الاستنماء، وطلب النهاية فيه، وإذا طلب متاعه بأكثر من ثمنه وجب بيعه.

ولو كان شيء يباع بِأَقَلَ مِنْ ثَمَنِهِ، وللطفل مال، وجب أن يشتريه إذا لم يرغب فيه لنفسه.

هكذا أطلق الإمام وصاحب «الْكِتَابِ» في الطرفين، ويجب أن يتقيد ذلك بشرط الغِبْطَةِ، بل بالأموال التي هي معدة للتجارة، أما ما يحتاج إلى عينه، فَلاَ سَبِيْلَ إلى بَيْعِهِ، وإن ظَهَرَ طَالِبٌ بالزِّيَادَةِ، وكذا العقار الذي يحصل منه ما يكفيه، وكذلك في طرف الشِّرَاءِ قد يؤخذ الشيء رخيصاً؛ لكنه عرضة للتَّلَفِ أولاً يتيسر بيعه لقلة الرَّاغِبِينَ فِيْهِ، فيصير كَلاًّ على مَالِكِهِ.

المسألة الثَّانِيَةُ: إِذَا تَبَرَّمَ مَالُ ٱلأَبِ بِحِفْظِ مَال الطِّفْلِ والتصرف فيه، فله رفع ٱلأَمْرِ إلى القاضي، لينصب قيماً بأجرة، وله أن ينصب بنفسه. ذكره في «النِّهَايَةِ».

ولو طلب من القاضي أن يثبت له أجراً على عمله، فالذي يوافق كلام أكثر الأصحاب أنه لا يجيبه إليه غنياً كان أو فقيراً، إلاَّ أَنَّهُ إِذَا كَانَ فَقِيراً ينقطع عن كَسْبِهِ فَلَهُ أَنْ يأكل منه بالمعروف على ما سبق في «الحجر»، وقد ذكر الإِمام أن هذا هو الظَّاهِرُ.

قال: ويجوز أَنْ يُقَالَ: يثبت له أجراً؛ لأَنَّ له أَنْ يَسْتَأْجِرَ من يعمل فإذا جاز له بذل الأجرة لغيره جاز له طلب الأجرة لنفسه، وبهذا الاحتمال أجاب صَاحِبُ «الْكِتَابِ»: وَمَنْ قَالَ بِهَذَا قَالَ: لاَ بُدَّ مِن تَقْدِيرِ الْقَاضِي وَلَيْسَ لَهُ الاسْتِقْلاَلُ به، وهذا إذا لم يَكُنْ هناك متبرع بالحفظ والعمل، فإن وجد متبرع وطلب الأب الأجرة، فَقَدْ أَشَارَ في «النِّهَايَةِ» إلى وَجْهَيْنِ أيضاً:

أَظْهَرُهُمَا: أَنَّه لا يثبت له أَجْرَةُ لِحُصُولِ الْغَرَضِ مَعَ حِفْظِ مَالِ الطِّفْلِ عَلَيْهِ.

والثَّانِي: يثبت لزيادة شفقته، كما أنَّ الأمَّ تَأْخُذُ أُجْرَةَ الإِرضاع عَلَى قَوْلٍ، وَإِنْ وجدت متبرعة أجنبية.

وَاعْلَم أَنَّ صَاحِبَ «الْكِتَابِ» أَطْلَقَ الْقَولَ ها هنا بأن للأُمِّ أُجْرَةَ الإِرضاع، ولم يحك فيه خلافاً، لكنه حَكَى فيه قولين في كتاب «النَّفَقَاتِ» ونحن نشرح الْمَسْأَلَةَ وكيفية الْخِلاَفِ فيها هناك إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(الفَصْلُ السَّابِعُ فِي الكَفَاءَةِ) وَهِيَ مَرْعِيَّةٌ فِي خَمْسِ خِصَالٍ (ح م و) النَّقَاءُ مِنَ العُيُوبِ الَّتِي تُثْبِتُ الخِيَارَ وَالحُرِّيَّة وَالنَّسَبُ إِلَى شَجَرَةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَإِلَى العُلَمَاءِ وَالصُّلَحَاءِ المَشْهُورِينَ دُونَ الخَامِلِينَ، وَالصَّلاَحُ فِي نَفْسِ النَّاكِحِ دُونَ الاشْتِهَارِ، وَالتَّنَقِّي مِنَ الحِرَفِ الدَّنِيئَةِ الَّتِي تَدُلُّ عَلَى خِسَّةِ النَّفْسِ، وَاليَسَارُ (ح) لاَ يُعْتَبَرُ فِي أَشْهَرِ الوَجْهَيْنِ، وَالجَمَالُ لاَ يُعْتَبَرُ أَصْلاً، وَلاَ يُجْبَرُ فَضِيلَةُ نَسَبِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهِ عَلَيهِ وَسَلَّمَ بِفَضِيلَةٍ أُخْرَى، وَمَا وَرَاءَ ذَلِكَ فَقَدْ تَقْضِي العَادَةِ بِجَبْرِ نَقِيصَةٍ بِفَضِيلَةٍ بِحَيْثُ يَنْتَفِي العَارُ.**

«القول في الكفاءة في النكاح»

قال الرَّافِعِيُّ: الْكَلاَمُ فِي خِصَالِ الكفاءة، ثم في أَثَرِ فُقْدَانِهَا.

أَمَّا الْفَصْلُ ٱلأَوَّلُ ـ في خِصَالِهَا: وهي التَّنَقِّي مِنَ الْعُيُوبِ المثبتة للخيار؛ لأَنَّ النَّفْسَ تُعَافُ صُحْبَةَ مَنْ بِهِ تِلْكَ العيوب ويخل بها مقصود النكاح، واستثنى صاحب

«التهذيب» من العيوب المثبتة للخيار «العُنة» وقال: إنها لا تتحقق فَلاَ نَظَرَ إليها في الكفاءة. وفي «تعليق» الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ وغيره التَّسْوِيَةِ بين العُنة وغيرها صريحاً، وإطلاق الأكثرين يوافقه.

إذا عَرَفَ ذَلِكَ، فمن به بعض تلك العيوب لا يكون كفئاً للسليمة عنها، ولو كان لكل واحد منهما عيب منها فإن اختلف العيبان فلا كفاءة أيضاً، وإن اتفقا وما بالرجل أفحش، أو أكثر فكذلك، وإن تساويا، أو كان ما بها أكثر فوجهان بناءً على أنه هل يثبت الخيار والحالة هذه؟. ويجري الوجهان فيما إذا كان مَجْبُوباً والمرأة رَتْقَاءُ.

وزاد القاضي الرُّوْيانِيُّ على العيوب المثبتة للخيار فقال: والعيوب التي تنفر النَّفْسُ منها كالعمى والقطع وتشوه الصورة تمنع الكفاءة عندي، وبه قال بَعْضُ أَصْحَابِنَا، واختاره الصيمري.

ومنها الحرية؛ لأنَّ الْحُرَّةَ تتعير بكونها فراشاً للعبد وتتضرر بأنه لا ينفق إلاَّ نفقة المعسرين، فالرقيق لا يكون كفئاً للحرة أصلية كانت، أو عتيقة، والعتيق لا يكون كفئاً للحرة الأصلية، ولا من مس الرق أحد أبائه للتي لم يمس الرق أحداً من أبائها، ولا من مس الرق أباً أقرب في نسبه للتي مس الرق أباً أبعد من نسبها ويشبه أن يكون جريان الرق في الأمهات أيضاً مؤثراً ولذلك تعلق به الولاء[١].

ومنها: النَّسَبُ فالعجمي ليس كفئاً للعربية، ولا غير القرشي من العرب للقرشية، ولا غير الهاشمي والمطلبي من قريش للهاشمية والمطلبية، وبنو هاشم وبنو المطلب أكفاء لقوله ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ «نَحْنُ وَبَنُو المُطَّلِبِ شَيءٌ وَاحِدٌ»[٢] وفي قريش بعضهم من بعض. وَجْهٌ آخَرُ وبه قَالَ أَبُو حَنِيْفَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: أَنَّهُمْ جميعاً أكفاء كما أنهم يستوون في الأَهْلِيَّةِ للإمامة.

والصحيح الأول؛ لما روي أنه ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ قَالَ: «إنَّ اللَّهَ ـ عَزَّ وَجَلَّ ـ اصْطَفَى كِنَانَةَ مِنْ بَنِي إِسْمَاعِيلَ، وَاصْطَفَى مِنْ كِنَانَةَ قُرَيْشاً، وَاصْطَفَى مِنْ قُرَيْشٍ بَنِي هَاشِمٍ»[٣] وكما يعتبر النسب في العرب يعتبر في العجم.

---

(١) قال النووي: المفهوم من كلام الأصحاب، أن الرق في الأُمهات لا يؤثر كما سيأتي في «النسب» إن شاء الله تعالى. وقد صرح بهذا صاحب «البيان» فقال: من ولدته رقيقة كفءٌ لمن ولدته عربيّة، لأنه يتبع الأب في النسب. والله أعلم.

(٢) تقدم في قسم الصدقات.

(٣) أخرجه مسلم [٢٢٧٦] والبخاري في التاريخ والترمذي من حديث واثلة بن الأسقع، وفي رواية الترمذي وهي لأحمد: إن الله اصطفى من ولد إبراهيم إسماعيل، ومن ولد إسماعيل كنانة، الحديث. قلت: وله طرق جمعها شيخنا العراقي في كتاب «محجة القرب في محبة العرب». =

وعن القَفَّالِ، والشيخ أبي عَاصِم: أنه لا يعتبر النسب في العجم؛ لأنهم لا يعتنون بحفظ الأنساب، ولا يَدُوِّنُونَهَا، والظَّاهِرُ الأول، وقضيته للاعتبار فيمن سُوَى قُرَيش من العَرَبِ أيضاً، لكن ذكر ذاكرون أَنَّهُمْ أكفاء[(١)]، وَاحْتَجُّوا بما رُوِيَ أَنَّهُ ـ صَلَّىَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ قَالَ: «الْعَرَبُ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءُ لِبَعْضٍ قُبَيْلَةٌ لِقِبَيْلَةٍ، وَحَيٌّ لِحَيٍّ، وَرَجُلٌ لِرَجُلٍ إِلاَّ حَائِكاً، أَوْ حجاماً»[(٢)].

والاعتبار في النسب بِالأَبِ فالذي أبوه أَعْجَمِيٌّ، والأم عربية ليس بِكُفْءٍ للتي أبوها عربي، والأم عجمية.

ومنها: الدِّينُ والصَّلاَحُ: فالكافر ليس بِكُفْءٍ للمسلمة، وَالَّذِي أَسْلَمَ بِنَفْسِهِ ليس بِكُفْءٍ للتي لها أبوان، أو ثلاثة في الإِسلام.

وعن القاضي أبي الطَّيِّبِ وغيره وَجْهٌ آخَرُ: أَنَّهُمَا كفئان، واختاره القاضي الرُّويَانِيُّ، وذكر بعض المتأخرين أنه لا ينظر إلاَّ إلى إِسْلاَمِ الأَبِ الأَوَّلِ والثاني، فيمن له

= تنبيه: لا يعارض هذا ما رواه الترمذي عن أبي هريرة مرفوعاً: لينتهين أقوام يفتخرون بآبائهم الذين موتوا في الجاهلية، الحديث. لأنه محمول على المفاخرة المفضية إلى احتقار المسلم، وعلى البطر، وغمض الناس، وحديث واثلة تستفاد منه الكفاءة، ويذكر على سبيل شكر المنعم قاله الحافظ.

(١) قال النووي: مقتضى كلام الأكثرين، أن غير قريش من العرب بعضهم أكفاء بعض، كما صرح به هؤلاء الجماعة. وذكر الشيخ إبراهيم المروذي، إن غير كنانة ليسوا أكفاءً لكنانة. ومما يتعلق بهذا ما حكاه في «البيان» عن الصيمري، أنه قال: موالي قريش أكفاءً لقريش، وكذا موالي كل قبيلة أكفاءً لها، قال: وجمهور الأصحاب على أنهم ليسوا بأكفاءٍ، وهو الصحيح.

(٢) أخرجه الحاكم من حديث ابن جريج عن ابن أبي مليكة عن ابن عمر به، والراوي عن ابن جريج لم يسم، وقد سأل ابن أبي حاتم [١/ ٤١٢] في العلل عنه أباه فقال: هذا كذب لا أصل له، وقال في موضع آخر: باطل، ورواه ابن عبد البرّ في التمهيد من طريق بقية عن زرعة عن عمران بن أبي الفضل عن نافع، عن ابن عمر، قال الدارقطني في العلل: لا يصح، وقال ابن حبان: عمران بن أبي الفضل يروي الموضوعات عن الثقات، وقال ابن أبي حاتم: سألت أبي عنه فقال: منكر، وقد حدث به هشام بن عبيد الله الرازي فزاد فيه بعد أو حجام: أو دباغ، قال: فاجتمع عليه الدباغون وهموا به، وقال ابن عبد البرّ: هذا منكر موضوع، وذكره ابن الجوزي في العلل المتناهية من طريقين إلى ابن عمر، في أحدهما علي بن عروة وقد رماه ابن حبان بالوضع، وفي الآخر محمد بن الفضل بن عطية وهو متروك، والأول في ابن عدي، والثاني في الدارقطني، وله طريق أخرى عن غير ابن عمر، رواه البزار في مسنده من حديث معاذ بن جبل، رفعه: العرب بعضها لبعض أكفاء، والموالي بعضها لبعض أكفاء، وفيه سليمان بن أبي الجون، قال ابن القطّان: لا يعرف، ثم هو من رواية خالد بن معدان عن معاذ ولم يسمع منه تنبيه: روى أبو داود، والحاكم من طريق محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة مرفوعاً: يا بني بياضة أنكحوا أبا هند وأنكحوا عليه، قال: وكان حجاماً، إسناده حسن. قاله الحافظ.

أبوان في ٱلإِسْلاَمِ كُفْءٌ لِلَّتِي لَهَا عَشَرَةُ آبَاءٍ فِي الإِسلام؛ لأنَّ ٱلأَبَ ٱلثَّالِثَ لا يذكر في التعريف، فلا يلحق العار بسببه، وَٱلظَّاهِرُ ٱلأَوَّلُ، والفاسق ليس كُفْئاً للعفيفة ولا ينظر إلى الشهرة، بل الذي لا يشتهر بالصلاح كفئاً للمشهورة به وَإِذَا لَمْ يَكُنْ ٱلْفَاسِقُ كَفْئاً للعفيفة فالمبتدع أولى ألا يكون كفئاً للنسيبة وَقَدْ نَصَّ عَلَيْهِ ٱلْقَاضِي ٱلرُّويَانِي.

ومنها الحرفة: فأصحاب الحرف الدَّنِيَّةِ ليسوا بأكفاء للأشراف ولا لسائر المحترفة، ويدل على اعتبارها اللفظ الذي تقدم إلا «حائك أو حجام»، فالكناس والحجام وقيم الحمام والحارس والراعي لا يكافئون ابنة الخياط، والخياط لا يكافىء ابنة التَّاجِرِ والبَزَّازِ ولا المحترف ابنة القاضي، والعالم، وذكر في الحلية أنه يراعي العادة في الحرف والصناعات؛ لأن في بِعْضِ ٱلْبِلاَدِ التِّجَارَةُ أولى من الزِّرَاعَةِ، وفي بعضها ٱلأَمْرُ بالعكس.

وَٱعْلَمْ أَنَّ ٱلْحِرَفَ الدَّنِيَّةَ فِي ٱلأَبَاءِ، والاشْتِهَارُ بِٱلْفِسْقِ مما يُعَيَّر به الولد، فيشبه أن يكون حال الذي كان أبوه صاحب حرفة دنية، أو مشهوراً بالفسق مع التي أبوها عدل كما ذكرنا فِي حَقِّ من أَسْلَمَ بنفسه مع التي أبوها مسلم، وَٱلْحَقُّ أن تجعل النظر في حال الأباء ديناً وسيرة وحرفة من حيز النسب، فَإِنَّ مَفَاخِرَ ٱلأَبَاءِ وَمَثَالِبَهُمْ هي التي يدور عليها أمر النَّسَبِ، وهذا يؤكد اعْتِبَارَ النَّسَبِ فِي حَقِّ ٱلْعُجْمِ، ويقتضي ألاَّ تُطْلَقَ الكفاءة بين غير قريش من العرب.

ومنها اليسار: وهل هو من خِصَالِ ٱلْكَفَاءَةِ؟.

فيه وجهان:

أظهرهما: لا؛ لأن النَّبِيَّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ ٱخْتَارَ ٱلْفَقْرَ[1]؛ وَلأَنَّ ٱلْمَالَ غادٍ ورائَحٌ، ولا يفتخر به أهل المروءات والبصائر.

والثاني: نَعَمْ؛ لأنه إذا كان مُعْسِراً لم ينفق على الولد، وينفق عليها نَفَقَةَ المعسرين فتتضرر به. وعلى هذا فوجهان:

---

(١) قال الحافظ: هذا الاختيار لا أصل له، لكن يستأنس له بما ثبت في الصحيح: أنه أتى بمفاتيح كنوز الأرض فردها، لكنه لا ينفي مطلق لغني المذكور في قوله تعالى: ﴿ووجدك عائلاً فأغنى﴾ وقد ثبت في السير كلها أنه لما مات كان مكفياً، وثبت أنه استعاذ من الفقر كما تقدم في باب قسم الصدقات، وقد ذكرنا شيئاً من هذا أيضاً في الخصائص (فائدة) قال الشافعي: أصل الكفاءة في النكاح، حديث بريرة لما خيرت، لأنها إنما خيرت لأن زوجها لم يكن كفؤاً، انتهى. وقد اختلف السلف هل كان عبداً أو حراً، وذكر البخاري الخلاف في ذلك، والراجح أنه كان عبداً، وسيأتي.

أحدهما: أَنَّ الْمُعْتَبَرَ الْيَسَارُ بقدر النفقة، وَالْمَهْرِ، فإذا أيسر بهما فهو كفء كصاحب الألُوفِ.

وأظهرهما: أَنَّهُ لاَ يَكْفِي ذَلِكَ ولكن الناس أصناف: غني وفقير ومتوسط، وَكُلُّ صَنْفٍ أكفاء، وإن اختلفت الْمَرَاتِبُ.

وليس من الخِصَالِ الْمُعْتَبَرَةِ في الكفاءة الْجَمَالُ ونقيضه نعم.

ذَكَرَ الْقَاضِي الرُّويَانِيُّ أَنَّ الشَّيْخَ لا يكون كفئاً للشابة على المختار من الوجهين(١)، وذكر أيضاً أنَّ الْجَاهِلَ لا يكون كفئاً للعالمة، وهذا فَتْحُ بَابٍ وَاسِعٍ، فَهَذِهِ خِصَالُ الكفاءة، وهل يقابل بعضها ببعض؟.

قَضِيَّةُ كَلاَمِ الأَكْثَرِينَ الْمَنْعُ، وَقَدْ صَرَّحَ بِهِ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وأبو الفرج السَّرْخَسِي، حَتَّى لاَ يزوج سليمة من العيوب دنية من معيب نسيب، ولا حَرَّةً فَاسِقَةً من عَبْدٍ عَفِيفٍ، وَلاَ عَرَبِيَّةٌ فَاسِقَةٌ مَن عَجَمِيٍّ عَفِيْفٍ، ولا عفيفة رقيقة من فاسق حُرٍّ، ويكفي صفة النقص مانعة من الكفاءة.

وفصّل الإمام فقال: السَّلاَمَةُ من العيوب لا تقابل بسائر فضائل الزوج، ولذلك يثبت بها حَقّ الْفَسْخِ، وإن كان في المعيب فضائل جَمَّةٍ، وكذا الحرية لا تقابل بفضيلة أخرى، وكذا النَّسَبُ، نِعَمَ الصِّفَةُ الظَّاهِرَةُ فِي الزَّوْجِ هل تنحاز دناءة نسبه؟.

فيه وجهان:

أظهرهما: المنع.

قال: والتنقي من الْحرفِ الدَّنِيَّةِ يعارضه الصَّلاَحُ، وفاقاً واليسار إن اعتبرناه يعارض بِكُلِّ خِصْلَةٍ من خِصَالِ الْكَفَاءَةِ، وَالأَمَةُ الْعَرَبِيَّةُ ـ جواباً على استرقاق العرب ـ إذا زُوِّجَتْ من الْحُرِّ العجمي كان على هذا الخلاف في حصول الانحياز والله أعلم.

وَلْنَعُدِ الآن إلى ما يتعلق بِأَلْفَاظِ الْكِتَابِ قوله: وهي مرعية في خَمْسِ خِصَالٍ ـ أراد به الْخِصَالَ الْمَعْدُودَةَ قَبْلَ اليسار، ومنهم من يضيف إلى الخمس الإسلام، وَقَدْ يُعَبَّرُ بالدِّيْنِ عَنِ الإسْلاَمِ والعدالة جميعاً، ولم يدرج صَاحِبُ «الْكِتَابِ» الإسلام في خِصَالِ الكفاءة، وَلَهُ وَجْهٌ، وهو أنَّ الْفَضَائِلَ الْمُعْتَبَرَةَ فِي الْكَفَاءَةِ هي التي يحتمل فواتها عند التَّرَاضِي، وإِسْلاَمُ الزَّوْجِ لاَ يَحْتَمِلُ فَوَاتُهُ، فَحَسَنَ ألاَّ يُعَدَّ مِن خصال الكفاءة، ويجوز

---

(١) قال النووي: الصحيح خلاف ما قاله الروياني. قال أصحابنا: وليس البخل والكرم والطول والقِصَر معتبراً. قال الصيمري: واعتبر قوم البلد، فقالوا: ساكن مكة والمدينة والبصرة والكوفة، ليس كفأ لساكن الجبال، قال: وهذا ليس بشيء.

أَنْ يعلم قوله: «في خَمْسِ خِصَالٍ» بالحاء؛ لأَنَّ أَبَا حَنِيْفَةَ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ لا يعتبر السَّلاَمَةِ عن العيوب، وحكى بعض أَصْحَابِنَا أَنَّهُ لا يعتبر الحرفة أيضاً وبالميم والواو؛ لأن صَاحِبَ «الشَّامِلِ» حكى عن مالك ـ رَضِي اللَّهُ عَنهُ ـ أَنَّ الْكَفَاءَةَ في الدِّينِ وَحْدَهُ، وذكر أَنَّهُ قَوْلٌ للشَّافِعِيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ مَن الْبُوَيْطِيِّ وبالألف؛ لأَنَّ في رِوَايَةٍ عَنْ أَحْمَدَ: لا يَعْتَبِرُ إلاَّ الدِّينَ وَالنَّسَبَ، والأصح عنه مثل مذهبنا.

وأما قوله: «والنَّسَبُ إلى شَجَرَةِ رَسُولِ اللَّهِ ـ صَلَّى اللَّهَ عَلَيْهِ وَسَلَّمْ» ـ إلى آخره.

فاعلم أَنَّ كَلاَمَ أَكْثَرِ الأَصْحَابِ في النَّسَبِ مَا قَدَّمْنَاهُ.

وَذَكَرَ الإِمَامُ قَدَّسَ اللَّهُ رَوْحَهُ أَنَّ شَرَفَ النَّسَبِ يَثْبُتُ مِنْ ثَلاَثِ جِهَاتٍ.

إحداها: الانتماء إلى شَجَرَةِ رَسُولِ اللَّهِ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ ويرعى القرب والبعد منه وعليه بنى عُمَرُ ـ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ ـ دَيْوَانَ الْمُرْتَزِقَةِ.

والثانية: الانتماء إلى العلماء، فإنهم وَرَثَةُ الأَنْبِيَاءِ[1] صَلَوَاتُ اللَّهِ عَلَيْهِم ـ، وبهم رَبَطَ اللَّهُ تَعَالَى حِفْظَ الْمِلَّةِ.

والثالثة: الانتماء إِلَى أَهْلِ الصَّلاَحِ والتَّقْوَى ـ قال الله تعالى عَزَّ اسْمُهُ: **﴿وَكَانَ أَبُوهُمَا صَالِحاً﴾** [الكهف: ٨٢]. فبين شرف الانتساب ويعتبر أن يكون من إليه الانتماء مشهوراً بين الناس بالصَّلاَحِ، فالشرف حِيْنَئِذٍ يحصل، ولا عبرة بالانْتِسَابِ إلى عَظَمَاءِ الدُّنْيَا والظلمة المستولين علَى الرِّقَابِ، وإن كَانَ النَّاسُ قد يَتَفَاخَرُونَ بهم.

وَنَحَا صَاحِبُ «الْكِتَابِ» نحو هذه الطريقة وفيها تصريح بأن الانتساب إلى كل واحد من هذه الجهات يقتضي الفضيلة برأسه وعلى هذا فلا يمكن إطلاق القول بأنا العجم أكفاء، وكذا من سُوَى قُرَيْشٍ من العرب، وكذا بنو هَاشِمٍ، وما ذكر أن الانتساب إلى عظماء الدُّنْيَا لا عَبْرَةَ بِهِ فَكَلاَمُ النَّقَلَةِ لاَ يُسَاعِدُهُ هَذَا.

واعلم أَنَّ صَاحِبَ «التتمة» يقول: وللعجم عُرْفٌ في الكفاءة فيعتبر عُرْفُهُم.

وَقَوْلُهُ: «وإلى الصُّلَحَاءِ المشهورين» لفظ «المشهورين» يمكن رده من جهة النظم إلى الْعُلَمَاءِ أيضاً، لكنه أَرَادَ الرَّدَّ إلى الصُّلَحَاءِ خاصة عَلَى مَا هُوَ مبين في «الوسيط» و «النهاية».

وقوله: «واليسار لا يعتبر» معلم بالألف؛ لأن أحمد يعتبر اليسار وبالحاء؛ لأن أَبَا حَنِيْفَةَ يعتبره بقدر الْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ.

---

(١) أخرجه أحمد وأبو داود [٣٦٤١ ـ ٣٦٤] [٨٠ موارد] والترمذي [٢٦٨٣] وابن حبان من حديث أبي الدرداء، وضعفه الدارقطني في العلل، وهو مضطرب الإسناد قاله المنذري وقد ذكره البخاري في صحيحه بغير إسناد.

واعلم قوله: «والتنقي من العيوب».

وقوله: «والتنقي من الحرف» بالحاء لما ذكرنا.

وقوله: «وما وراء ذلك، فقد تقتضي العادة بجبر نقيصة بفضيلة» ظاهرة تقتضي انجبار بعض الصفات ببعض بعد الاشترك في النسب، لَكِنَّ هَذَا الظَّاهِرَ غَيْرُ مَعْمُولٍ بِهِ لا على تفصيل الإمام، وَلاَ عَلَى إِطْلاَقِ غَيْرِهِ، وَقَد بَيَّنَّا الطَّرِيقَيْنِ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَالكَفَاءَةُ حَقُّهَا وَحَقّ الأَوْلِيَاءِ، فَإِنْ رَضُوا بِتَرْكِهَا جَازَ (ح)، فَيَحِلُّ لِغَيْرِ العَلَوِيّ نِكَاحُ العَلَوِيَّةِ، وَإِنْ رَضِيَ الأَوْلِيَاءُ فَلِلْمَرْأَةِ الإِبَاءُ، وَإِنْ رَضِيَتِ المَرْأَةُ وَوَلِيٌّ وَاحِدٌ فَلِلبَاقِينَ فَسْخُ النِّكَاحِ (ح) فِي قَوْلٍ، وَلاَ يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ أَصْلاً (ح) فِي قَوْلٍ، وَلاَ يَصِحُّ تَزْوِيجُ الأَبِ الصَّغِيرَةِ مِنْ غَيْرِ كُفْءٍ، وَفِيهِ قَوْلٌ أَنَّهُ يَصِحُّ وَلَهَا الخِيَارُ إِذَا بَلَغَتْ (ح)، وَيَجُوزُ أَنْ يُزَوِّجَ مِنَ الصَّغِيرِ غَيْرَ كُفْءٍ.**

قال الرَّافِعِيُّ: تَقَدَّمَ الْكَلاَمُ في الْفَصْلِ ٱلأَوَّلِ في خِصَالِ الكفاءة، والكلام الآن في الفصل الثاني من أثر فقدان الكفاءة، والْكَفَاءَةُ حَقُّ الْمَرْأَةِ، ومن يلي أمرها واحداً كان أو جَمَاعَةً مستويين في الدَّرَجَةِ، فَإِنَّ زَوْجَهَا وَلِيُّهَا مِنَ غيْرِ كُفْءٍ برضاها، أو أحد ٱلأَوْلِيَاءِ برضا الآخرين ورضاها صَحَّ النِّكَاحُ، حَتَّى يَجُوزَ لغير الْعَلَوِيّ نِكَاحُ الْعَلَوِيَّةِ، وليست الْكَفَاءَةُ شَرْطٌ لِلصِّحَةِ خلافاً لأَحْمَدَ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ.

وَيُرْوَى عَن مَالِكٍ أيضاً اشتراطها، دليلنا أَنَّهُ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ قَالَ لِفَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ: «انكِحِي أُسَامَةَ»[1] فنكحته وهو مولى وهي قرشية.

وَيُرْوَى أَنَّ بلالاً ـ رَحِمَه اللَّهُ ـ نَكَحَ هَالَةَ بِنَتِ عَوْفٍ أُخْتُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بنِ عَوْفٍ[2].

وإذا زوج الأقرب من غير كفء برضاها لم يكن للأبعد الاعتراض، فَلَوْ كَانَ الَّذِي يَلِي أَمْرَهَا السُّلْطَانُ، فَهَلْ لَهُ تَزْوِيجُهَا مِنْ غَيْرِ كُفْءٍ إِذَا الْتَمَسَتْهُ الْمَرْأَةُ؟.

فيه قولان أو وجهان:

أحدهما: نعم، كالولي بالولاء والنسب، وَقَطَع بهذا الشَّيخُ أبو مُحَمَّدٍ وقال: لاَ يَرْجِعُ إِلَى الْمُسْلِمِيْنَ مِنْهُ عَارٌ.

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه الدارقطني [٣/ ٣٠١ ـ ٣٠٢] من حديث حنظلة بن أبي سفيان عن أمه قالت: رأيت أخت عبد الرحمن بن عوف تحت بلال، وفي الباب عن زيد بن أسلم في مراسيل أبي داود.

وأظهرهما: المنع؛ لأنه كالنَّائِبِ النَّاظِرِ لأولياء النَّسَبِ، فلا يترك ما فيه الحظ، ولو زوجها أحد الأولياء من غَيْرِ كُفْءٍ برضاها دون رضى الآخرين، فقد ذكر في «المختصر» و «الأم» أَنَّ النِّكَاحَ لا يثبت. وَعَنْ نَصِّهِ في الإِمْلاَءِ أن للباقين الرَّدَّ وللأصحاب طُرُقٌ:

أظهرهما: أَنَّ فِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلَيْنِ:

أصحهما: أَنَّ النِّكَاحَ بَاطِلٌ؛ لأنهم أَصْحَابُ حُقُوقٍ في الكفاءة، فاعْتُبِرَ إذنهم كإذن المرأة.

والثَّانِي: يصح ولهم الخيار؛ لأن النقصان يقتضي الخيار لا البطلان كما لو اشترى شيئاً معيباً.

والطريق الثاني: القطع بالقول الأول وحمل ما في «الإملاء» على أَنَّ لَهُمُ الْمَنْعَ من التزويج من غَيْرِ الْكُفْءِ.

والثالث: القطع بالقول الثاني.

وقوله: «لا يثبت»، أي: لا يلزم ولا يستمر.

وعند أَبِي حَنِيْفَةَ: يلزم النِّكَاحُ ولا اعتراض للآخرين، فَخَالَفَ القولين جميعاً، وأجرى صاحب «الْمَهَذَّبِ» القولين فيما إذا زوجها أحدهم بغير رضاها [أو زوجوها بغير رضاها][1] وكان التَّصْوِيرُ فيما إذا أذنت في التزويج من غير تعيين الزوج، وَجَوَّزْنَاهُ، ووجه البُطْلاَنِ بأنه عقد في حق غيره بغير إذنه، فلم يَصِحْ كبيع مال الغير بغير إذنه، وإذا زَوَّجَ الأَبُ أَوِ الْجَدُّ الْبِكْرَ الصَّغِيْرَةَ، أو البالغة من غير كفء بغير إذنها، فالقولان في الصَّحَّةِ معروفان، والأَصَحُّ البطلان، لأنه خلاف الغِبْطَةِ، وإذا لم يَصِحِ التَّصَرُّفُ في المال على خلاف الغبْطة، فالتصرف في البضع أولى.

وَرَوَى القاضي ابنُ كَجٍّ طَرِيْقَةً أُخْرَى: وَهِي تَنْزِيلُ القولين على حالين إن علم الولي عدم الكفاءة، فالنِّكَاحُ باطل، وَإِلاَّ فَصَحِيْحٌ.

وعن أبي إسحاق وَأَبِي حَامِدٍ: القطع بالبطلان علم [الولي][2] أو لم يعلم، وإذا قُلْنَا بالصَّحَةِ، فللمرأة الخيار إن كانت بالغة، وإن كانت صغيرة فإذا بلغت تَخَيَّرَتْ.

وحكى الإِمَامُ وَجْهاً: أَنَّهَا لا تتخير، وعليها أن ترضى بعقد الأب، وهل للولي الخيار في صغرها؟.

---

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

فيه وجهان.

وفي رواية القاضي أبي الطَّيِّب قَوْلاَنِ:

أحدهما: نَعَم، كما لو اشترى الصغير معيباً.

الثاني: لا؛ لأنه يتعلق بالشهوة والطبع، فلا تجزىء فيه النيابة.

وهذا الْخِلاَفُ فِيما رَوَى الْحَنَّاطِيُّ وصاحب «التَّهْذِيبِ» ورأى الإمام مخصوص بما إذا جهل الولي حال الزوج، فإن علم فلا خيار، وطرده القاضي ابنُ كَجٍّ، وآخرون في حالتي الْجَهْلِ وَالْعِلْمِ وقالوا: إنه لَيْسَ عاقداً لنفسه، حَتَّى يَلْزَمَ حكم علمه. وليعلم قوله في الكتاب «ولا ينعقد النِّكَاحُ أصلاً» مع الحاء بالألف؛ لأن مَذْهَبَ أَحْمَدَ كالقول الأول.

وقوله: «ولا يجوز تزويج الأب الصغيرة من غير كُفْءٍ» بالحاء، وكذا قوله: «ولها الخيار إذا بلغت»؛ لأن عَنَ أَبِي حَنِيْفة ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أنه يصح النِّكَاحُ، ولا خيار، لها إذا بلغت، وسائر المواضع المحتاجة إلى العلامات بينة مما قدمنا، ثم صاحب «الكتاب» خَتَمَ الْفَصْلَ بأن قال: ويجوز أن يزوج من الصغير من غير كفء، وليس الأمر على هذا الإطلاق، بل ينظر فيما لم يوجد فيها من خصال الكفاءة، فإن قَبِلَ لابنه الصغير نكاح معيبة بالعيوب المثبتة للخيار، فعلى قولين كما في تزويج البنت الصغيرة من غير كفء.

والصحيح أَنَّهُ لا يصح النِّكَاحُ.

وعن بعضهم: القطع [بالبطلان][1] في قبول النكاح الرَّتْقَاءِ والقرناء لما فيه من بذل الْمَالِ في [مقابلة][2] البضع الذي لا ينتفع به، بخلاف تزويج الصغيرة من المجنون، فإن قَبِلَ له نكاح أمة لم يصح؛ لأنه لم يؤخذ خوف العنت، وإن قَبِلَ له نكاح من لا تكافئه بجهة أخرى فوجهان كالقولين في تَزْوِيجِ الْبِنْتِ الصَّغِيْرَةِ ممن لا يكافئها، لكن الأشبه ها هنا الصِّحَّةُ، وهو الموافق لما في الكتاب؛ لأن الْمَرْأَةَ تتعير بأن يَسْتَفْرِشُهَا من لا يكافئها والرجل لا يتعير بأن يستفرش من لا تكافئه.

وإذا قلنا بالصِّحَّةِ، فالتفريع كما مَرَّ هناك وإن قَبِلَ له نكاح عمياء ففي كتاب القاضي ابنُ كَجٍّ إثبات الوجهين فيه.

ونقل «صاحب التَّهْذِيبِ» إجراءهما فيما لو قبل نِكَاحَ عَجُوزٍ أو مفقودة بعض الأطراف، ويجب أَنْ يَكُونَ من تزويج الصَّغِيْرَةِ من الأعمى والأقطع والشيخ الهم مثل هذا الخلاف.

---

(١) في ز: بالمنع.

(٢) في ز: معاملة.

ولو قبل لابنه المجنون نِكَاحَ أَمَةٍ جاز إن كان معسراً، وكان يُخْشَى عليه الْعَنَتُ وفيه وجه:

أنه لا يجوز؛ لأنه لا يخشى وطئاً يوجب حداً، أو إثماً وإن كان النقصان بسببٍ آخرَ، فعلى ما ذكرنا في القبول للصغير، وإن زوج ابنته من خنثى، أو قبل لابنه نِكَاحَ خُنثَى فإن أثبتنا الخيار بهذا السبب فهو كالتزويج من المجنون، وقبول نكاح المجنونة وإلا فَكَالأَعْمَى[1].

فَرْعٌ: للسيد أنْ يُزَوِّجَ أَمَتَهُ من الرقيق، ودَنَيِّ النَّسَبِ، ولا يزوجها ممن به عيب من العيوب المثبتة للخيار، ولا ممن لا يكافئها بِسَبَبٍ آخَرَ فإن فعل فيبطل أو يصح، ولها الخيار فيه مثل هذا الخلاف السابق، وفيه وَجْهٌ آخَرُ ضَعِيفٌ: أنه يصح ولا خيار لها وإن زوجها ممن به عَيَبٌ برضاها لم يكن لها الامتناع من التمكين منه، وله بيعها ممن به بعض تلك العيوب؛ لأن الشراء لا يتعين للاستمتاع، ثم هل لها الامتناع من التمكين؟ فيه وَجْهَانِ؛ لأن الوطء في ملك اليمين بِمَثَابَةِ نَفْسِ النِّكَاحِ[2].

تم الجزء السابع ، ويليه الجزء الثامن

وأوله: القول في اجتماع الأولياء

---

(١) قال النووي: الخصي كالخنثى في هذا، قال البغوي: وكذا لو أذنت البالغة في التزويج مطلقاً فزوَّجها بخصي أو خنثى.

(٢) قال النووي: قال المتولي: أصحهما: يلزمها التمكين.

ومما يتعلق بالفصل، لو زوَّجها بعض الأولياء بكفءٍ بدون مهر المثل برضاها دون رضى بقية الأولياء، صح قطعاً، إذ لا حق لهم في المهر، ولا عار. ولو طلبت التزويج برجل، وادعت كفاءته، وقال الولي: ليس بكفءٍ، رفع إلى القاضي، فإن ثبتت كفاءته، ألزمه تزويجها، فإن امتنع، زوجها القاضي به، وإن لم تثبت، لم يلزمه تزويجها به.

قال البغوي: ولو زوجها واحد برضاها ورضى الباقين بغير كفءٍ، فاختلعت منه، ثم زوجها أحدهم به برضاها دون إذن الباقين، فقيل: يصح قطعاً، لأنهم رَضُوا به أولاً. وقيل: على الخلاف، لأنه عقد جديد. ولو امتنعوا، فلهم ذلك بلا خلاف.

قال: ولو استأذن الأب البكر البالغة في التزويج بغير كفءٍ، فسكتت، فهل يصح قطعاً، أم يكون على الخلاف؟ فيه طريقان. والمذهب: الصحة. وقد سبقت المسألة في أول الباب.

قال الشافعي رحمه الله في «الإملاء»: لو زوَّج أخته، فمات الزوج، فادعى وارثه أن الأخ زوَّجها بغير رضاها، وأنها لا ترث، فقالت: زوَّجني برضاي، فالقول قولها وترث، قال في «الإملاء»: وإن قال رجل: هذه زوجتي، فسكتت فمات، ورثته فإن ماتت، لم يرثها، لأن إقراره يقبل عليه دونها. ولو أقرت بزوجية رجل، فسكت فماتت، ورثها، وإن مات، لم ترثه. والله أعلم.

الفهرس

كتاب الوصايا

الباب الأول: في أركانها ٣
الركن الأول: في الموصي ٣
الركن الثاني: الموصى له ٩
الركن الثالث: في الموصى به ٣٣
الركن الرابع: الصيغة ٦١
الباب الثاني: في أحكام الوصية لصحيحة ٧٦
القسم الأول: اللفظية ٧٧
القسم الثاني: في المسائل المعنوية .. ١٠٩
القسم الثالث: في المسائل الحسابية . ١٣٩
الباب الأول: في الدوريات من الوصايا ١٥٥
فصل في الوصية بنصيب أحد الورثة وبجزء شائع من المال ١٥٥
فصل فيما إذا كان الجزآن مع النصيب أحدهما بعد الآخر ١٦١
فصل في الوصية بنصيبين مع الوصية بجزءٍ بعد كل نصيب ١٦١
فصل في الوصية بالنصيب مع استثناء جزءٍ من المال عنه ١٦٣
فصل في الوصية بالنصيب مع استثناء جزءٍ مما تبقى من جزءٍ من المال . ١٦٧
فصل في الوصية بالنصيب مستثنى من التكملة ١٨٤
فصل في الوصايا المتعرضة للجذور والكعاب ١٨٤
الباب الثاني: في المسائل الدورية من سائر التصرفات الشرعية ٢٠٦
فصل في بيع المريض بالمحاباة مع حدوث زيادة، أو نقصان في المبيع ٢٠٧
فصل في إتلاف المريض المحابي .. ٢١٢
فصل فيما إذا وطئت الجارية الموهوبة وطئاً يوجب المهر ٢٢٦
الباب الثالث: في مسائل العين والدين وهو يقسم إلى عدة حالات ٢٤٩
الحالة الأولى: إذا كان نصيبه مثل ما عليه من دين ٢٥٠
الحالة الثانية: إذا كان نصيبه أكثر مما عليه ٢٥٠
الحالة الثالثة: إذا كان نصيبه أقل مما عليه ٢٥١
الباب الثالث: في الرجوع عن الوصية ٢٥٦
الباب الرابع: في الوصاية ٢٦٧

كتاب الوديعة

كتاب قسم الفيء والغنائم

الباب الأول: في الفيء ٣٢٥

أقسام الفيء وهي خمسة أسهم:
السهم الأول: المضاف إلى الله تعالى وإلى رسوله ٣٢٨
السهم الثاني: لذوي القربى ٣٣٠
السهم الثالث: اليتامى ٣٣٢
السهم الرابع: للمساكين ٣٣٣
السهم الخامس: لأبناء السبيل ٣٣٣
القول في كيفية الصرف إليهم ٣٣٦
الباب الثاني: في قسمة الغنائم ٣٤٥
أقسام مال الغنيمة هي: النفل ٣٤٦
الرضخ ٣٥١
السلب ٣٥٥

كتاب قسم الصدقات

الباب الأول: في بيان الأصناف الثمانية ٣٧٦
الصنف الأول: الفقير ٣٧٦
الصنف الثاني: المسكين ٣٨١
الصنف الثالث: العامل على الزكاة .. ٣٨٣
الصنف الرابع: المؤلفة قلوبهم ٣٨٤
الصنف الخامس: الرّقاب ٣٨٨
الصنف السادس: الغارم والمديون .. ٣٩٠
الصنف السابع: سهم سبيل الله ٣٩٥
الصنف الثامن: ابن السبيل ٣٩٦
الباب الثاني: في كيفية التصرف إليهم وفيه مسائل ٣٩٩
الأولى: فيما يعرف به هذه الصفات . ٣٩٩
الثانية: في قدر المعطى ٤٠١
الثالثة: يجب استيعاب الأصناف الثمانية عند القدرة ٤٠٦
الرابعة: في نقل الصدقات ٤١٠
الخامسة: يجوز للمالك تولي الصرف بنفسه ٤١٥
السادسة: صدقة التطوع ٤١٨

كتاب النكاح

القسم الأول: المقدمات ٤٢٦
القسم الثاني: في الأركان ٤٩١
القول في أركان النكاح ٤٩٢
أركان النكاح أربعة وهي: الصيغة .. ٤٩٢
القول في حكم نكاح الشغار ٤٩٩
القول في تأقيت النكاح ٥٠٥
القول في الركن الثاني من أركان النكاح ٥١٢
القول في الركن الثالث والرابع ٥١٥
القول في بيان أحكام الأولياء ٥٣٥
الباب الأول: في الأولياء ٥٣٥
الفصل الأول في أسباب الولاية ... ٥٣٧
الفصل الثاني في العصوبة ٥٤٤
الفصل الثالث في سوالب الولاية .. ٥٤٩
القول في موانع الولاية ٥٤٩
الفصل الرابع في تولي طرفي العقد . ٥٦٣
الفصل الخامس في التوكيل ٥٦٦
فصل في بيان لفظ الوكيل في عقد النكاح ٥٦٩
الفصل السادس فيما يجب على الولي ٥٧٠
الفصل السابع في الكفاءة ٥٧٣
القول في الكفاءة في النكاح ٥٧٣
الفصل الثامن في تزاحم الأولياء ... ٥٨٢